



ז' אייר, תשפ"ב

8 במאי 2022

לכבוד

ח"כ גלעד קריב

יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט

שלום רב,

הנדון: הערות הסניגוריה הציבורית להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי

הסניגוריה הציבורית מברכת על קידומה של הצעת חוק היסוד ורואה בה מהלך חשוב ביותר להגנה על זכויות חשודים ונאשמים ולשמירה על הגינות ההליך הפלילי.

ההליך הפלילי והמשפט הפלילי הם תחומים בהם המדינה פוגעת בזכויות היסוד של אדם בדרך החמורה ביותר, באמצעות שלילת חירותו ופגיעה קשה בכבודו, בקניינו ובפרטיותו. כבר בנקיטת השלבים הראשונים של ההליך הפלילי, עם הפעלת סמכויות האכיפה וחקירתו של אדם, כבודו נמצא על כף המאזניים ועלול להיפגע באופן בלתי הפיך. הפגיעה מחמירה ומתפרסת לזכויות חוקתיות נוספות של העצור והנאשם עם ההתקדמות בשלבים השונים של ההליך הפלילי. הפגיעה מגיעה לשיאה, בדרך כלל, עם הרשעתו של אדם וגזירת דינו לעונש מאסר בפועל, אז חלה הפגיעה המשמעותית ביותר בזכויות החוקתיות הבסיסיות של החירות והכבוד. לפיכך, נדרשות ערובות חוקתיות משמעותיות בהליך הפלילי, אשר יבטיחו שלא ניתן יהיה לפגוע בזכויות אלה שלא כדין ובאופן בלתי מידתי. ערובות אלה יבטיחו כי זכויות האדם בהליך הפלילי ייפגעו באופן המינימלי האפשרי ויבטיחו את הגינותו. ההגנה על זכויות בהליך הפלילי וההקפדה על הגינותו אף תורמות לתוקף המוסרי של ההליך וללגיטימציה שלו, ובכך הן משליכות גם על האמון הציבורי במערכות האכיפה והמשפט.

אכן, לאורך השנים בית המשפט העליון פירש את זכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובראשן הזכויות לכבוד, לחירות, לקניין ולפרטיות, באופן שהכיר בשורה ארוכה של זכויות נגזרות בהליך הפלילי. עם זאת, התשתית החוקתית שהונחה בפסיקה בתחום זכויות החשודים, העצורים, הנאשמים והאסירים, אינה ממצה. מעבר לכך, ראוי שמערכת משפט במדינה דמוקרטית תכיר בהגנה על זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים כבעלת חשיבות בפני עצמה, ולא כתוצר לוואי בלבד של ההגנה על זכותו של כל אדם לחירות, לכבוד, לקניין ולפרטיות, כפי שמעוגנות היום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן, הגיעה העת לעגן במפורש זכויות אלו בחוק יסוד של הכנסת, באופן שישמר – ואף ירחיב – את ההגנה שפרס בית המשפט העליון עד כה, ובכך למלא את החסר שבמגילת זכויות האדם של מדינת ישראל.



במסמך זה יפורטו הערותינו המרכזיות והמהותיות להצעת חוק היסוד. מטבע הדברים, הערות אלו צפויות להתפתח ולהתחדד, לרבות ברובד הניסוחי, בהמשך הדיונים. הערותינו, בתמצית, יתייחסו להיבטים הבאים:

א. מבחינת היקף תחולתו של חוק היסוד, הוא חייב לחלוש על כל שלבי ההליך הפלילי – קרי החל מפעולותיהן של רשויות אכיפה וראשית החקירה, דרך הליכי המעצר והמשפט, ועד לתום ריצוי העונש והשלכותיו; בראש ובראשונה, יש להבטיח כי סעיף המטרה והזכות להליך הוגן יתפרסו עד לתום ההליך הפלילי, על כל רכיביו, לרבות שלבי ריצוי העונש. כפועל יוצא, יתר ההוראות הרלוונטיות בחוק היסוד חייבות לחול על כל הפרטים הכפופים לכוחו של המשפט הפלילי ונתונים לסמכויותיו – כלומר על החשוד, העצור, הנאשם, הנידון וכן האסיר.

ב. הצעת חוק היסוד אינה כוללת זכויות המכוונות באופן ייחודי לשלב המשפט הפלילי, למרות שבמובנים רבים מדובר ב"שיא" של ההליך. בהקשר זה, מוצע כי סעיפי ה"הגנה על זכויות" המוצעים, שחלים לעת זו על הליכי חקירה ומעצר בלבד, יחולו גם על שלב ניהול המשפט; יש לקבוע סעיף נפרד וייחודי המעגן את זכותו של הנאשם להתגונן כראוי במשפט פלילי המתנהל נגדו; וראוי לתת ביטוי חוקתי לזכויות יסוד נוספות הנוגעות לניהול המשפט, כגון זכות העיון בחומר חקירה; הזכות להיות נוכח במשפט; והזכות לחקור נגדית את עדי התביעה.

ג. זכות הייצוג בהליך הפלילי, המנוסחת בהצעת חוק היסוד בצמצום, צריכה להיקבע במובנה הרחב, קרי: זכותו של כל אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין מטעמו בהליכים פליליים ולבר-פליליים ובפני כל רשות שלטונית; וכן לשכור שירותיו של סניגור, לרבות כזה ששכרו ישולם על ידי המדינה.

ד. הסעיפים של עקרונות היסוד בדין הפלילי לוקים בחסר וראוי לכלול בהם עקרונות יסוד "תשתיתיים" נוספים, כדוגמת עקרון בהירות החוק הפלילי; עקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים; עקרון שירותיות הדין הפלילי; ועקרון הספק הסביר.

ה. הנוסח המוצע מצמצם באופן ניכר את הזכות להימנע מהפללה עצמית ואף מעורר חשש להרעת המצב המשפטי והחוקתי הקיים – יש לוודא כי זכות זו חלה גם בשלבים אחרים של ההליך הפלילי, וכן ביחס למסירת כל ראיה או מסמך; וכן לעגן במפורש את זכות השתיקה העומדת לנחקר.

ו. מוצע לעגן בחוק היסוד את עקרון-העל של "מעצר ככל אחרון", הקבוע כיום בחוק המעצרים, שלפיו לא ייעצר אדם "אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה".

ז. יש לכלול בחוק היסוד הוראה שתעגן את זכותם של הנחקר והעצור להיות מיודעים בתחילת החקירה או בעת המעצר, לפי העניין, על זכויותיהם לפי כל דין, שכן לכל הזכויות הנתונות לנחקר ולעצור 'עלי ספר' אין משמעות של ממש אם הוא לא יודע על קיומן ולא מבין אותן.



ח. **הסעיף העוסק בענישה מנוסח באופן מיושן מאד ואינו הולם חוקה מתחדשת במאה ה-21.** בהקשר זה מוצע, בין היתר, כי הסעיף בדבר "ענישה אסורה" ינוסח באופן העולה בקנה אחד עם הסטנדרטים הבינלאומיים; להוסיף לחוק היסוד את עקרון המידתיות בענישה; לעגן את זכותו של עצור והאסיר לתנאי כליאה הולמים; ולבטל את העונש המוות.

ט. **הסעיף העוסק במימוש זכויות של קטין צריך לכלול התייחסות גם לשמירה על כבודו של הקטין,** זאת בהתאם לסעיף העקרוני הכלליים שבחוק הנוער (שפיטה, ענישה, ודרכי טיפול, תשל"א-1971) ולהוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד.

י. **יש להרחיב את הסעיף העוסק באנשים עם מוגבלויות בהליך הפלילי ברוח העקרונות והסטנדרטים שהוצבו בחקיקה הישראלית ובאמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות – ובפרט בכל הנוגע לעקרון ההשתתפות השווה, הזכות להנגשת ההליך והחובה לשקול את הפגיעה העודפת שעלולה להיגרם לאדם עם מוגבלות בהליך הפלילי.**

יא. **הסעיף בדבר ביצוע התאמות לאדם שאינו דובר השפה העברית צריך להיקבע כזכות ברורה ועצמאית להבנת ההליך שלפיה "אדם זכאי להבין את ההליך הפלילי המתנהל נגדו ואת השפה שבה הוא מתנהל, ולשם כך זכאי להסתייע במתורגמן".**

יב. **יש לבחון בכובד ראש את שאלת הכללתו של הסעיף שעוסק בנפגעי עבירה במסגרת חוק יסוד זה. לכל הפחות,** יש לקבוע בסעיף זה את עקרון-העל הקבוע כיום בסעיף המטרה של חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, שלפיו אין בסעיף זה כדי לפגוע בזכויות חשודים, נאשמים ונידונים.

יג. **אין מקום להכללתו של סעיף "שמירת הדינים" בחוק היסוד, ולחילופין ניתן לקבוע כי סעיף זה יהיה בתוקף לפרק זמן קצוב ומוגדר.** סעיף זה, הנחשב לחריג מאד בחוקות מתקדמות, מכרסם בשינוי המאזן הנורמטיבי והמשפטי ומחליש את תוכנו של חוק היסוד, שכן הוא מגביל את תחולתו הישירה לדין עתידי; הוא למעשה יוצר סטנדרט כפול ביחס לזכויות האדם (וייתכן שאף סטנדרט משולש בשל "דין הביניים" שנמצא בתוך שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי); הוא עלול להביא לאי-שוויון בין בעלי נתונים דומים שעשויים ליפול בתוך או מחוץ לתחולת הדין השמור; הוא מעורר חשש ל'אפקט מצנן' מפני חקיקה חדשה ומיטיבה בתחום הפלילי, וכן מפני פיתוח פסיקתי בתחום זכויות חשודים, עצורים, נאשמים ואסירים; ואין הוא מתבסס על דוגמאות משכנעות וקונקרטיות המצדיקות את הכללתו בחוק יסוד. כל זאת דווקא כשעסקינן בזכויות בהליך הפלילי, שבמידה רבה מגלם את הכוח הרב ביותר שיכולה החברה להפעיל על הפרט – ובמיוחד כלפי חירותו וכבודו.

על כל אלה, נרחיב להלן.



היקף תחולתו של חוק היסוד – סעיף המטרה והזכות להליך הוגן

1. הערתנו הראשונה תתייחס להיקפו המהותי של חוק היסוד המוצע, הן במישור של הגדרת שלבי ההליך הפלילי שייכנסו בגדרו והן במישור של הגדרת "קהל היעד" שיזכה להגנה מכוחו. בתמצית, הסניגוריה הציבורית סבורה כי חוק יסוד שמטרתו לעגן את "קודקס הזכויות" בתחום המשפט הפלילי חייב לחלוש על כל שלבי ההליך הפלילי – קרי החל מפעולותיהן של רשויות אכיפה וראשית החקירה (במובנה הרחב), דרך הליכי המעצר והמשפט, ועד לתום ריצוי העונש והשלכותיו; כפועל יוצא, חוק היסוד חייב לחול על כל הפרטים הכפופים לכוחו של המשפט הפלילי ונתונים לסמכויותיו – כלומר על החשוד, העצור, הנאשם, הנידון והאסיר.
2. הרציונאלים השונים התומכים בעיגון החוקתי של זכויות היסוד במשפט הפלילי – ובהם הסכנה האינהרנטית לפגיעה בזכויות במסגרת המאבק בפשיעה; כוחן העצום של רשויות האכיפה השונות אל מול הפרט, ופערי הכוחות הגדולים ביניהם; השתייכותם של חשודים, נאשמים ואסירים רבים לאוכלוסיות מוחלשות ומובחנות, שפעמים רבות קל לראות בהם "אחרים" ואף אויבים, ולהפך את זכויותיהם; והפער הגדול יחסית במשפט הפלילי שבין המשפט בספרים לבין המשפט בפועל, המתבטא בין היתר בחוסר הידע של הציבור באשר לאופן התנהלותו של ההליך הפלילי – כל אלה חלים לכל אורך שלבי ההליך הפלילי וביחס לחשודים, עצורים, נאשמים, נידונים ואסירים כאחד. הערה מהותית זו עוברת כחוט השני בהוראות חוק היסוד ורלוונטית למספר סעיפים המוצעים בו.
3. כך למשל, כבר בסעיף המטרה של הצעת חוק היסוד (סעיף 2), נקבע כי ההגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך פלילי תצומצם ל"הליך חקירה, הליך מעצר ומשפט פלילי". בהקשר זה, אנו סבורים כי יש להרחיב את ההגדרה עד לתום ההליך הפלילי, על כל רכיביו, לרבות שלבי ריצוי העונש².
4. לטעמנו, גישה מהותית דומה צריכה לבוא לידי ביטוי גם בזכות להליך הוגן (סעיף 3), שהיא ללא ספק ליבת חוק היסוד. כפי שצוין בדברי ההסבר לתזכיר, הזכות להליך הוגן "היא הבסיס שממנו צמחו זכויות מהותיות והסדרים פרוצדוראליים שנקבעו בחקיקה או בפסיקה ושנועדו להבטיח את ההגנה על זכויות אדם שהוא צד להליך פלילי, לאורך כל שלבי ההליך הפלילי, לאור יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין רשויות אכיפת החוק לבין מי שההליך הפלילי מתנהל נגדו". לעניין זה, ראו גם נייר המדיניות של המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא חוק-יסוד:

¹ להרחבה, ר' יואב ספיר, "הגנה ראויה על אנשים לא־נחמדים", משפט וממשל י 571, 585-576 (תשס"ז).
² כמו כן, לגופו של עניין, אנו סבורים שאין מקום לשילוב התיבה של "הגשמת תכליות ההליך הפלילי" במסגרת סעיף המטרה. מטרתו של חוק היסוד צריכה להיות מנוסחת באופן ברור וישיר כהגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך הפלילי. זאת, להבדיל מהנוסח הפתלתל והעקיף בהצעת החוק שלפיו מטרתו היא להבטיח כי הגשמת תכליות ההליך הפלילי תיעשה תוך הגנה על זכויות היסוד.



זכויות במשפט, שלפיו "אופייה הרחב והפתוח של זכות המסגרת מחייב הכללה בחוק היסוד של עיקרון כללי, **שינוסח ניסוח רחב**, שיעגן את הזכות הרחבה הזאת ויאפשר את פיתוחה בחקיקה ובפסיקה **ואת החלת ההגנה עליה לפי נסיבות שונות ומתוך ראייה רחבה**".³

5. על כן, הזכות להליך הוגן צריכה לחול לכל אורכו של המשפט הפלילי ועד לתום ההליך הפלילי, לרבות בשלבי ריצוי העונש. העונש הוא הביטוי המובהק ביותר של תוצאות ההליך הפלילי ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו. במקרים בהם מוטל עונש מאסר, מדובר בסמכות פוגענית ביותר שמפעילה המדינה כלפי הפרט בהליך הפלילי, אשר לצד שלילת החירות היא נושאת בחובה גם שליטה מלאה על מכלול תחומי החיים ופוטנציאל לפגיעה בבריאות הפיזית והנפשית, בביטחון האישי, באפשרות להתפרנס ולהתקיים בכבוד, בזכות להורות ובמימוש הקשר עם בני משפחה, ובמגוון רחב מאוד של זכויות נוספות. בהקשר זה אוכלוסיית האסירים היא קבוצה מוחלטת במיוחד החשופה באופן אינהרנטי לפגיעה בזכויות. למעשה, חלק ניכר מיכולת השליטה של אסירים ברווחתם ובתנאי מחייתם מופקע מהם. ההכרה במעמדן של זכויות היסוד החוקתיות גם מאחורי חומות הכלא מבוססת היטב בפסיקת בית המשפט העליון שהבהיר כי "אין אסיר משיל מעליו בשער בית הסוהר את זכויותיו הבסיסיות, מעבר לחופש התנועה וההגבלות הנובעות מכליאתו וכרוכות במישרין בה".⁴ גם במישור ההליכים המשפטיים בהשתתפותם של נידונים ואסירים, מדובר בהליכים שהם נגזרת ישירה של המשפט הפלילי (העיקרי שבהם הדין בבקשות לשחרור מוקדם ממאסר בפני ועדות השחרורים). לפיכך, **יש להבהיר בחוק היסוד כי הזכות להליך הוגן מתפרסת עד לתום ההליך הפלילי, על כל רכיביו, לרבות שלבי ריצוי העונש.**

6. כאמור לעיל, הערתנו המהותית באשר להיקף תחולתו של חוק היסוד **רלוונטית גם למספר זכויות נוספות בהצעת חוק היסוד**, ובכלל זה: זכות הייצוג; מימוש זכויות של קטין; והתאמות לאנשים עם מוגבלות ולאנשים שאינם דוברי השפה העברית.

זכויות בניהול המשפט הפלילי

7. חוק היסוד אינו כולל הוראה כלשהי המכוונת באופן ייחודי לשלב המשפט הפלילי, על אף שבמובנים מסוימים שלב זה מהווה את "שיאו" של ההליך הפלילי. בראש ובראשונה, **יש לבצע את ההתאמות הנדרשות בסעיפים הכלליים שבחוק היסוד שעניינם "הגנה על זכויות"**: לפי נוסחה הנוכחי של הצעת החוק, סעיפים אלה חלים על הליך החקירה והמעצר בלבד ולפיהם מעצר או חקירת עבירה ייעשו "בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין" (ר' סעיפים 10(א) ו-11(א) להצעת החוק). ברי כי **יש לקבוע עקרון יסוד דומה גם בשלבים המאוחרים יותר של ההליך הפלילי – ובפרט בשלב ניהול המשפט**. לעניין זה, דומה

³ המכון הישראלי לדמוקרטיה חוק-יסוד: זכויות במשפט הצעה לסדר 45, בעמ' 69 (דצמבר 2021).
⁴ בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח' (ניתן ביום 13.6.2017), בפס' 3 לפסק דינו של השופט מלצר.



כי הדרך הנכונה לעשות זאת תהיה לקבוע בחוק היסוד סעיף מאוחד וכללי של "הגנה על זכויות" אשר יחול על כל שלבי ההליך הפלילי כך שהוא יחול ביחס לנחקר, לעצור, לנאשם, לנידון ולאסיר.

8. ואולם בצד האמור, הסניגוריה הציבורית סבורה כי קיים משנה חשיבות גם בקביעת סעיף נפרד וייחודי שלפיו "אדם זכאי להזדמנות סבירה להתגונן כראוי במשפט פלילי המתנהל נגדו". הזכות לקבל זמן ואמצעים הולמים כדי להתגונן מופיעה באופן מפורש ועצמאי גם בסעיף 14(3)(ב) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (אשר נחתמה ואושררה על ידי מדינת ישראל) ובסעיף 6(ב) לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד. תנאי יסוד לקיומו של הליך הוגן בפלילים הוא מתן אפשרות לנאשם להתגונן מפני ההאשמות המיוחסות לו.⁵ לשם כך, זכותו של הנאשם לדעת מהם המעשים והעבירות בגינם הוא מואשם,⁶ ולענין בחומר החקירה הרלוונטי;⁷ הוא זכאי להיות נוכח במשפטו ואין לדון בעניינו שלא בפניו;⁸ ועומדת לו הזכות להציג ראיות משלו ולחקור נגדית את עדי התביעה.⁹ זכויות אלו (ואחרות) בניהול המשפט הפלילי כבר זכו להכרה בשורה ארוכה של פסקי דין כזכויות יסוד חוקתיות, וכעת ראויות לביטוי חוקתי מפורש בחוק היסוד.

זכות הייצוג

9. הזכות לייצוג משפטי (והזכות המשלימה להיוועצות בעורך דין) היא אחד האמצעים המרכזיים להבטחת זכויותיו של אדם בהליך הפלילי, ובפרט הזכות להליך הוגן.¹⁰ הצורך בייצוג משפטי במשפט הפלילי נובע בראש ובראשונה מעקרון השוויון בין בעלי הדין. כאשר הנאשם אינו מיוצג על ידי סניגור נוצר החשש שקבלת עמדת התביעה על ידי בית המשפט אינה תוצאה של צדקת עמדתה של התביעה, אלא של יכולתו העדיפה של התובע לנהל את המשפט, על פני הנאשם שאינו בקיא ברזי השפה המשפטית והמקצועית. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר שיטת המשפט הנוהגת היא השיטה האדברסרית, המניחה בבסיסה כי הדרך הנכונה לעשיית הצדק

⁵ ר' בין היתר, דני"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 197 (1998).

⁶ לעניין זה, ר' למשל סעיפים 184 ו-216 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁷ סעיף 74 לחוק הסדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982; להכרה במעמדה של זכות יסוד זו, ר' בין היתר ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 8, 22 (1992).

⁸ סעיף 126 לחוק הסדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982; להכרה במעמדה של זכות יסוד זו, ר' בין היתר בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010).

⁹ על חשיבותה הרבה של הזכות לחקירה נגדית להגנתו של הנאשם ולבירור האמת במשפט עמד השופט (כתוארו אז) אגרנט בבג"ץ 124/58 היועמ"ש נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד י"ג 5, 17 (1959): "... הלא חשיבותו של כלל זה נעוצה דווקא, כפי שראינו, בעקרון המחייב שלכל בעל-דין תהא האפשרות לבקר את העדות, שאדם פלוני השמיע לגבי ענינו, על ידי חקרו אותו עליה חקירה שכנגד; כלומר, בעקרון המקנה זכות - במובן של כוח - שהיא בעלת ערך רב עד מאד ושמתייחסים אליה כאל אחת הזכויות החשובות - אם לא הזכות החשובה ביותר - המוקנות לבעלי דין לשם הגנה על האינטרסים שלו בדיון השיפוטי הנערך לגביו".

¹⁰ ר' לעניין זה חיים כהן, "על זכויות הנאשם", הפרקליט כו 42, 49 (תש"ל): "בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה היא להיות, שהוא מיוצג על-ידי מי שידוע רזי התורה ומדבר לשון הסתר".



ולחקר האמת היא להעמיד זה מול זה שני צדדים, אשר יגייסו את מיטב כוחם למטרות אלו. התוצאה הבלתי נמנעת היא שאם אחד הצדדים אינו מיוצג, נוצר חוסר איזון משווע ביניהם והסכנה לפגיעה בזכויות ובעשיית הצדק גוברת. נוכחותו של סניגור יכולה לתקן במעט את מאזן הכוחות בין הצדדים במשפט ולהבטיח כי זכויותיו של העומד לדין יישמרו. לא בכדי, זכות הייצוג הוכרה על ידי בית המשפט העליון כזכות יסוד מימים ימימה,¹¹ והיא מעוגנת באופן כללי גם בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961.

10. בבואנו לעגן את זכות הייצוג בחקיקת יסוד, קיימת חשיבות רבה לעיגון הזכות לייצוג במובנה הרחב, קרי: זכותו של כל אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין מטעמו בהליכים פליליים ולבר-פליליים, ולשכור שירותיו של סניגור. על כן, יש להבהיר בסעיף 9(ב) להצעת חוק היסוד כי **זכות הייצוג חלה גם לגבי אסיר, וכן להשמיט ממנו את המונח "רשות שיפוטית" כך שהוא יכול בחובו גם ייצוג בפני רשויות רלוונטיות נוספות** (כדוגמת ועדות שחרורים, ועדות פסיכיאטריות ועוד).

11. נוסף על כך, כחלק מהזכות לייצוג משפטי יש לעגן במפורש גם את זכותו של אדם להיות מיוצג על ידי סניגור ששכרו ישולם על ידי המדינה, וזאת למי שידו אינה משגת או לפי תנאים שייקבעו בחוק.¹² המדובר בזכות הכרחית ומשלימה לזכות הייצוג במובנה הבסיסי,¹³ שגם מקובלת בתצורות שונות במספר חוקות בעולם.¹⁴ זכות זו נדרשת גם לאור עקרון השוויון בפני החוק וכדי למנוע מצב שבו חסרון כיס יוביל לאפליה בין חשודים, נאשמים ונידונים. אכן, הסדרי הייצוג מטעם המדינה מוסדרים כיום באופן קונקרטי בחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995. ואולם, מן הראוי מבחינה ערכית (וגם סמלית) כי שיטת המשפט הישראלית תעגן את זכות הייצוג על ידי עורך דין במימון המדינה גם בהסדרה החוקתית העוסקת בזכויות היסוד בהליכים פליליים.

12. לעניין זה יש להזכיר כי טרם הקמתה של הסניגוריה הציבורית, נשפטו רוב רובם של העצורים והנאשמים בישראל ללא ייצוג וללא ייעוץ משפטי. סמכויות שלטוניות הכרוכות בפגיעה חמורה בחירותם וכבודם של אנשים, דוגמת סמכות המעצר, פעולות במהלך החקירה והסמכות להטיל עונשי מאסר, הופעלו כלפי חשודים ונאשמים לא מיוצגים. מחזה נפוץ ושכיח היה לראות חשודים ונאשמים העומדים בפני בית המשפט כשהם לא בקיאים בחוקים השונים, מתקשים

¹¹ ר', בין היתר, ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203 (1990); כן ר' בג"ץ 6095/98 לוקסנבורג נ' כבוד שופטת בית-משפט השלום ברחובות, תק-על(3)98 421; ע"פ (י-ם) 1362/99 רפאלי נ' מדינת ישראל, תק-מח(4)99 5. הנשיא א' ברק סבור כי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן להסיק מכבודו של אדם גם את זכותו לעורך דין ואת זכותו למשפט הוגן (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג, בעמ' 432).

¹² יפים בהקשר זה דבריו של פרופ' יורם שחר: "מקום שמדינה שלמה מתייצבת מול אדם וזורקת בו אשמה פומבית, והיא משלמת שכרו של פרקליט מיומן שיעשה בלחטוטי מקצועו כדי לגלות קלונו וכדי להביא עליו עונש, דורשת ההגינות שתעמוד לרשותו של אותו אדם מידה זהה של מיומנות מקצועית, כדי להתגונן" (יורם שחר, "סדר דין פלילי", ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג), בעמ' 399).

¹³ למשמעותה של זכות הייצוג במימון המדינה, ר' יואב ספיר "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי 397, 411 (2009).

¹⁴ כך למשל בריטניה, יפן, פולין, איטליה וניו-זילנד.



להבין את השפה המשפטית ולא מצליחים לבטא את עצמם באופן ראוי לפני השופט. נתונים ממקורות שונים העידו עד כמה שכיחה היתה הבעיה של העדר ייצוג בהליכים פליליים: כ-60% מהנאשמים בבתי משפט השלום לא היו מיוצגים במשפטם; כך גם כ-85% מהקטינים שעניינם נדון בבתי המשפט לנוער; וכ-80% מהעצורים לצורך חקירה בדיונים בבקשות להארכת מעצריהם. בהקשר זה, הטרידה במיוחד התופעה של חוסר שוויון בולט בין המרכז לפריפריה, כאשר שיעורי הייצוג בבתי המשפט במחוזות הצפון והדרום היו נמוכים בהרבה מאלה שבבתי המשפט במרכז הארץ.¹⁵ על רקע מציאות עגומה זו, אשר זכתה גם לביקורת ציבורית חריפה, נאמרו הדברים הבאים של השופט ד' לוי:

"זכותו של נאשם להיות מיוצג בהליך פלילי לפני בית המשפט זכות חשובה ויסודית היא... כשמדובר בהליך פלילי ובחשש אפשרי לאובדן החירות, "את פתח לו" לנאשם. בין שהוא דל ואביון ולא יכול להיעזר בשל כך בסניגור יודע דת ודין, בין שהעונש הצפוי לו הוא כבד במיוחד, אפילו בעל אמצעים הוא ואינו ממנה לו סניגור, ובין שהוא אדם שבגלל מגבלות שבאישיות קשה להניח שיוכל לתרום להליך המשפטי, להציג את עמדתו ואת גירסתו כראוי ולהביא למיצוי האמת... אילו רק ניתן היה לכוון על-פי דין לצד תביעה הכללית המייצגת את המדינה גם סניגוריה כללית-ציבורית, העומדת לשירות הנאשמים הבאים לדין, כי אז היה זה הפתרון הרצוי שהיה מביא ברכה לנאשמים וכן גם למנגנון עשיית המשפט והצדק".¹⁶

13. הקמתה של הסניגוריה הציבורית והתבססותה הביאו למהפכה של ממש בתחום המשפט הפלילי, ובפרט לעניין מימושה של זכות הייצוג הלכה למעשה. כיום, הרוב המוחלט של העצורים והנאשמים מיוצגים בידי עורך דין, והסניגוריה הציבורית מעניקה ייצוג משפטי **בכל שלבי ההליך הפלילי**: החל ממתן ייעוץ לחשודים עצורים במהלך החקירה המשטרתית, דרך ייצוגם בהליכי המעצר, עובר לייצוגם בשלבי בירור האשמה והטיעון לעונש בתיקים הפליליים, ולהגשת ערעורים, בקשות רשות ערעור, בקשות לדיון נוסף ובקשות למשפט חוזר בעניינם, וכלה בייצוג אסירים בפני ועדות השחרורים, בייצוג עברייני מין בהליכים לפי חוק הגנה על הציבור מפני עבירות מין ובייצוג חולי נפש המאושפזים בכפייה בפני ועדות פסיכיאטריות. **מדובר בהישג מרשים של מערכת המשפט הישראלית – ושל מדינה ישראל בכלל – שיש להתגאות בו ולהכיר בו גם במישור החוקתי.**

¹⁵ להרחבה, ר' **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2015** (2016), בפרק "הסניגוריה הציבורית – סיכום 20 שנות פעילות", בעמ' 8-9, 12-14, והאסמכתאות המובאות שם (בין היתר, קנת מן, "מחקר: היקף ייצוגם של נאשמים במשפטים פליליים", **הסניגור** 58, 3-8 (2002)). ניתן לעיין בכל דוחות הפעילות השנתיים של הסניגוריה הציבורית בקישור הבא: <https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/annual-report-all>.
¹⁶ ע"פ אברג'יל, הערה 11 לעיל, בעמ' 208.



עקרונות יסוד בדין הפלילי

14. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, מטרתו של סעיף זה היא לעגן עקרונות יסוד של המשפט הפלילי, "שהם בגדר מושכלות יסוד של המשפט הפלילי בישראל ובעולם". המדובר בעקרונות יסוד "תשתיתיים" המהווים כיום בסיס לקביעת עבירות ולהטלת אחריות פלילית, ומשכך מוצע לתת להם מעמד חוקתי. בהקשר זה מוצע לקבוע בחוק היסוד את העקרונות הבאים: עקרון החוקיות, האיסור על הטלת אחריות פלילית וענישה רטרואקטיבית, עקרון האשמה ועקרון האחריות האישית. **הסניגוריה הציבורית סבורה כי הסדר חשוב זה לוקה בחסר וכי ראוי לכלול בו עקרונות יסוד "תשתיתיים" נוספים, כפי שיפורט להלן.**

15. **עקרון בהירות החוק הפלילי** – בסעיף 4(א) לחוק היסוד, מוצע לעגן את עקרון החוקיות שלפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או לפיו". בדברי ההסבר מצוין (בקצרה) שאחת המשמעויות של עקרון זה היא ש"על האיסורים הפליליים להיות בהירים וברורים דיים, באופן שיהיה בהם כדי להכווין את התנהגות הציבור". אנו סבורים כי יש לעגן במפורש בחוק היסוד את עקרון הבהירות, שלפיו לא יורשע ולא ייענש אדם אלא על פי הוראת חוק ברורה ומובנת, וזאת בין אם כתוספת בלשון סעיף 4(א) ובין אם כסעיף עצמאי. עקרון הבהירות של החוק הפלילי נועד לחזק ולקיים באופן מלא את תכליותיו של עקרון החוקיות. זהו עקרון חיוני שמטרתו להבטיח כי אדם יידע, בעת ביצוע מעשה מסוים, אם המעשה חוקי או לאו, ומהו העונש המרבי הצפוי בנינו. עקרון בהירות החוק נחשב מימים ימימה כחלק אינטגרלי מעקרון החוקיות.¹⁷ מדובר בדרישה "בעלת היבט חוקתי מובהק".¹⁸ כפי שציין פרופ' אהרן ברק, "הגבלה 'בחוק' משמעותה שהחוק צריך להיות כללי, פומבי, ידוע ומפורט. החוק צריך להיות נגיש (בהבנה אליו) וודאי (בתחומי פריסתו). על כן, חוק פלילי 'סתום' (vague) אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה".¹⁹

16. **עקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים** – עקרון זה זוכה לביטוי כיום בסעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין", ואנו סבורים כי מן הראוי לעגנו כעת בהסדרה החוקתית. כפי שנקבע בבית המשפט העליון, "עקרון החוקיות אינו מתמצה בדרישה הפורמלית כי האיסור הפלילי ייקבע בחוק. לעקרון החוקיות יש גם מובן מהותי, המכיל דרישות שונות שעל החוק הפלילי לקיים [...] אחת מהנגזרות של עקרון החוקיות הוא כלל הפרשנות

¹⁷ ר', למשל, ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973). כן ר' ע"פ 54/53 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954), בפס' 2 לפסק דינו של השופט זילברג; כן ר' ש"ז פלר יסודות **בדיני העונשין** כרך א (1984), בעמ' 15-17.
¹⁸ יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 108 (מהדורה שלישית, 2014).
¹⁹ אהרן ברק, "הקונסטרוקציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדינמי)", **מחקרי משפט** יג 5, 18 (תשנ"ו-תשנ"ז).



המקלה עם הנאשם²⁰. יתרה מכך, כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים אינו נובע ישירות רק מעקרון החוקיות ומהשאיפה למתן אזהרה הוגנת לפרט, אלא יש לו גם רציונאל חוקתי עצמאי הנובע מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכתיב העדפה של קיום זכויות האדם (והנאשם) על פני הגבלתן, וזאת בייחוד בהליכים פליליים שעניינם שלילת חירות.²¹

17. **עקרון שיוויון הדין הפלילי** – על פי עקרון השוויון הפלילי, המשפט הפלילי נועד להיות מוצא חברתי אחרון משום שהוא כרוך בפגיעה משמעותית ביותר בזכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים וביצירת מעגלים של הכבדה להמשך השתלבות חברתית נורמטיבית עבורם. אכיפה פלילית בניגוד לעקרון השוויון אף חוטאת לכוונת המחוקק ופוגעת בחוסנה של החברה והקהילה בכללותה. על כן, יש לנקוט בהליך פלילי כנגד אדם רק כאשר אין כל אמצעי אחר, לבר-פלילי, אשר יגשים את מטרות ההעמדה לדין.²² כפי שצוין בפרשת **רותם**, "עקרון השוויון הפלילי קובע כי את כוחו של המשפט הפלילי בהעמדה לדין יש להפעיל רק כמוצא אחרון, ובהעדר אמצעי אחר שמגשים באותה מידה את תכליותיו. בהקשר זה ניתן להתייחס לשני מובנים של עקרון השוויון: הראשון, נוגע לגבולות המשפט הפלילי ולעצם הכרעת המחוקק להפלתה של נורמה מסוימת; והשני, שהוא במוקד ענייננו, נוגע לאופן שבו נאכף הדין הפלילי – על ידי רשויות התביעה, במקרה פלוני – ולכך שהפעלת הדין הפלילי צריך להיעשות כ"מוצא אחרון" ובהעדר אמצעי שפגיעתו פחותה".²³ עקרון זה בא לידי ביטוי גם בשורה של הסדרים חקיקתיים, כדוגמת תיקון מס' 61 לחוק סדר הדין הפלילי שעניינו הסדר סגירת תיק מותנית וסעיף 12א לחוק הנוער שענייניו הליכים חלופיים לקטינים עוברי חוק; הוא משתלב באופן כללי עם המגמה הגוברת להעברת הטיפול בהפרות הוראות חוק מסוימות – שלא בהכרח נלווה אליהן מטען אנטי-חברתי מובהק – מן ההליך הפלילי הקלאסי אל ההליך המינהלי (בהקשר האחרון לאחרונה הוקם על ידי שר המשפטים צוות בינמשרדי בנושא דה-פליליזציה); והוא גם נדרש מבחינה מעשית לנוכח תופעות פסולות הקיימות בישראל כגון הגשת כתבי אישום בגין זוטות.²⁴ בענייני עקרון שוויון הדין הפלילי ראוי לביטוי חוקתי,²⁵ ולכן מוצע לשלב הוראה בחוק היסוד שלפיו **"הליך פלילי יינקט נגד אדם רק כאשר חלה פגיעה ממשית בערך חברתי מוגן, ואין כל אמצעי אחר אשר יגשים את מטרות ההעמדה לדין פלילי"**.

²⁰ ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 19.11.2007), בפס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס; כן ר' ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 9.11.2020), בפס' 37 לפסק דינו של השופט שטיין.
²¹ בועז סנגור, "פרשנות מרחיבה בפלילים! האמנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת", **עלי משפט** ג(1), 165, 168-169 (2003).
²² להרחבה, ר' **רבין ו-ואקי**, הערה 18 לעיל, בעמ' 39-43.
²³ דני"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 15.12.2021), בפס' 93 לפסק דינו של השופט פוגלמן; כן ר' אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שוויון המשפט הפלילי", **ספר אליהו מצא** 373 (2015); רע"פ 8182/18 **מושיא נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 18.2.2020), בפס' 87-89 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.
²⁴ להרחבה, ר' בין היתר **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2015** (2016), בעמ' 27-29; **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2018** (2019), בעמ' 15-18.
²⁵ לדעה הרואה בעקרון השוויון כעקרון בעל מעמד חוקתי, הנובע מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ר' **ואקי ורבין**, הערה 18 לעיל, בעמ' 42; על הקשר בין עקרון השוויון לבין תפיסות חוקתיות ומבחני מידתיות, ר' בג"ץ 88452 **שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 12.7.2020), בפס' 18-24 לפסק דינו של השופט גובראן.



18. רף ההוכחה בפלילים (עקרון הספק הסביר) – סעיף 6 להצעת החוק מציע לקבוע כי "כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית". הסניגוריה הציבורית סבורה כי בצד עיגון חזקת החפות בחוק היסוד, יש לעגן במפורש (בין אם במסגרת סעיף 6 ובין אם בסעיף נפרד) את העיקרון שלפיו לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם כן הוכחה אשמתו בדין מעבר לספק סביר.

עקרון הספק הסביר אמנם הוזכר בדברי ההסבר להצעת החוק, תוך הפניה לסעיף 34 ככב לחוק העונשין, ותוך ציון כי חזקת החפות ורף ההוכחה בפלילים הם "שני צדדים של אותו מטבע". ואולם, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון, עקרון הספק הסביר מהווה עקרון עצמאי ומשלם לחזקת החפות אשר קיבל "משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".²⁶ לעניין זה יפים גם דבריה של השופטת פרוקצ'יה:

"החובה להוכיח אשמה פלילית של נאשם מעבר לספק סביר הינה דרישה בעלת אופי חוקתי. היא נגזרת מזכות היסוד של האדם לחופש, ולהגנה על חירותו האישית מפני מעצר ומאסר, ומפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב... יש להבחין בין חזקת החפות לבין קיומו של ספק סביר המונע הרשעה. חזקת החפות היא המחייבת זיכוי נאשם אלא אם כן הוכחה אשמתו. זוהי חזקה ראייתית הנתונה מכוח החוק לנאשם, כל עוד לא הובאו ראיות מספיקות לאשמתו. שאלת הספק הסביר קשורה בדיותן ומשקלן של הראיות המפלילות, ואלה מכריעים האם הופרכה חזקת החפות, אם לאו. לפיכך, חזקת החפות והספק הסביר אינם מושגים חופפים, אלא מושגים המשלימים זה את זה. מכאן, שלנאשם עומדת חזקת החפות כל עוד אשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר".²⁷

לפיכך, עקרון הספק הסביר חייב לבוא לידי ביטוי מפורש בחוק היסוד, בהיותו עקרון "תשתיתי" עצמאי וחלק אינטגרלי ממושכלות היסוד של המשפט הפלילי.

הפללה עצמית (וזכות השתיקה)

19. בסעיף 8 להצעת החוק מוצע לעגן את הזכות להימנע מהפללה עצמית, בשני היבטים: אדם זכאי שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה פלילית; ואדם זכאי שלא יכפו עליו להעיד בפני רשות שיפוטית בהליך פלילי שהוא מואשם בו. לטעמנו, נוסח מוצע זה מצמצם באופן ניכר את הזכות להימנע מהפללה עצמית ואף מעורר חשש להרעת המצב המשפטי והחוקתי הקיים. בפרט, על פי הנוסח המוצע הזכות להימנע מהפללה עצמית תהיה מוגבלת רק לשלב גביית

²⁶ ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, בפס' 71-72 לפסק דינו של השופט גיבוראן.
²⁷ ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 25.1.2007), בפס' 43-44 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.



ההודעה בחקירה, ובכך הוא מתעלם מהוראות החוק והפסיקה שלפיהן זכות זו חלה גם בשלבים אחרים של ההליך הפלילי, וכן ביחס למסירת כל ראיה או מסמך.²⁸

יתרה מכך, הסעיף אינו כולל התייחסות כלשהי לזכות השתיקה ובכך הוא עלול ליצור הסדר שלילי לגבי עצם קיומה של הזכות במשפט הישראלי, לא כל שכן ביחס למימושה בפועל וכיבודה על ידי רשויות האכיפה.

20. הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית מוקנית בדין לכל אדם,²⁹ ובצדה עומדת באופן עצמאי גם זכות השתיקה. אכן, בצורתה ה"מוחלטת" – שלא לפצות פה ולא לומר דבר – הוענקה זכות השתיקה על ידי המחוקק, במפורש, רק לנאשם במסגרת משפטו.³⁰ כשמדובר בהליך החקירה, החיסיון מפני הפללה עצמית מקנה זכות שתיקה "יחסית", דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. ואולם, כשהמדובר בחשוד בביצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת.³¹ יוצא, איפוא, כי התפיסה המקובלת בשיטת המשפט הישראלית היא שלנחקר יש זכות שתיקה מלאה בשלב החקירה, אף אם היא לא מעוגנת במפורש בחוק. פרופ' אהרן ברק אף הביע את דעתו כי יש להכיר בזכות השתיקה כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³²

21. בהתאם לכך, וכפי שצוין גם בדברי ההסבר להצעת חוק היסוד, במסגרת הצעת החוק הממשלתית המקיפה בעניין זכויות נחקרים וחשודים (שזכתה לכינוי "רפורמת הליך הוגן"),³³ מוצע כי **לנחקר שהוא חשוד תעמוד זכות שתיקה מלאה**, וכי הוא לא יהיה חייב לומר דבר (בצד זאת, מוצע לקבוע כי לשתיקה בחקירה יהיה ניתן לייחס משמעות ראייתית מוגבלת). בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית, מוסברים הטעמים לעיגונה בחוק של זכות השתיקה בחקירה, במונח המלא:

"הטעמים העיקריים למתן זכות שתיקה מלאה הם, בין השאר, החשש מפער הכוחות בין החשוד לבין החוקרים וניצולו לרעה; חשש מפני הודאות שווא הנובעות מלחץ, בלבול ומצוקה; רצון להימנע מהטלת חובות עשה; תפיסה שלפיה על התביעה לגייס ראיות בכוחות עצמה ולא על הנאשם לספקן; וכן החשש שהחשוד לא ידע בשעת החקירה האם אמירה כלשהי מפלילה אותו אם לאו."³⁴

²⁸ לעניין זה ר' ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9 (2004).

²⁹ ר' סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות); סעיפים 47 ו-52 לפקודת הראיות [נוסח חדש]; רע"א 5381/91 **חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל**, פ"ד מו(3) 378, 380-381 (1992).

³⁰ סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

³¹ ר' למשל ע"פ 533/82 **זכאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 59, 69 (1984); ומאמרו של פרופ' אליהו הרנון, "על זכות השתיקה", **משפטים** א 95.

³² **ברק**, הערה 19 לעיל, בעמ' 23.

³³ הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2008.

³⁴ ר' גם רע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' שרון**, פ"ד נח(1) 748, 759 (2003).



22. על רקע דברים אלה, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש להרחיב את הזכות להימנע מהפללה עצמית (ואת זכות השתיקה), בהתאם למגמות הקיימות בחקיקה ובפסיקה, ומוצע לקבוע בחוק היסוד את ההוראות הבאות:

- א. אדם זכאי שלא לומר דבר בחקירה המתנהלת נגדו.
- ב. אדם זכאי שלא לומר דבר או למסור ראייה שעשויים להפילו.
- ג. אדם זכאי שלא להעיד במשפט פלילי המתנהל בעניינו.

זכויות בהליכי מעצר וחקירה

23. עקרון היסוד של 'מעצר ככלי אחרון' – הסניגוריה הציבורית מציעה לעגן בחוק היסוד את עקרון-העל הקבוע כיום בחוק המעצרים שלפיו לא ייעצר אדם "אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה".³⁵ מזה שנים הסניגוריה הציבורית שבה ומתריעה על ריבוי המעצרים בישראל ועל המגמה המטרידה של גידול עקבי במספר המעצרים.³⁶ כידוע, בשנת 1996 נחקק חוק המעצרים החדש אשר לא נולד בחלל הריק, אלא בא לעולם על רקע ריבוי הביקורות החריפות והצטברות הנתונים המדאיגים על השימוש הנרחב מדי בסמכויות המעצר, המחסור בבקרה מספקת של בתי המשפט על הליכי מעצר ותנאי המחיייה הקשים במתקני המעצר בישראל.³⁷ מחוקקי חוק המעצרים ביקשו להתאים את דיני המעצר ותנאי המעצר בישראל לעידן החוקתי, ובמיוחד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁸ ההנחה היתה כי החוק החדש יביא לצמצום במספר המעצרים – הן לצורך חקירה והן עד לתום ההליכים – אשר במדינה ליברלית אמורים להיות חריג ולא הכלל, תוך הפחתת רמת הצפיפות בתאי המעצר ושיפור תנאי המחיייה בהם. ואולם, הנתונים מלמדים שמספר המעצרים במדינת ישראל לא רק שלא פחת מאז חקיקת חוק המעצרים, אלא הלך וגאה.³⁹

שימוש יתר במעצרים פוגע בצורה אנושה לא רק בזכויותיהם של העצורים לחירות ולכבוד, אלא גם בהגינות ההליך המשפטי ובסיכוי להביא לתוצאה צודקת. כך למשל, הסיכוי לשבור את רוחו

³⁵ סעיפים 13(ב) ו-21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996. ³⁶ להרחבה, ר' דוחות הפעילות השנתיים של הסניגוריה הציבורית, בפרקים העוסקים ב"ייצוג חשודים ועצורים על ידי הסניגוריה הציבורית".

³⁷ ר', בין היתר, מבקרת המדינה דוח שנתי 45 – לשנת 1994 ולחשבונות שנת הכספים 1993 (1995), בעמ' 377-393; האגודה לזכויות האזרח בישראל זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 1996; קנת מן "היקף מעצר עד תום ההליכים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב" עיוני משפט יב 517 (1987).

³⁸ על הקשר בין חוקי היסוד ותפיסת זכויות האדם לבין חקיקתו של חוק המעצרים ופרשנותו, ר' בין היתר, ההקדמה לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק תשנ"ה 2366, בעמ' 306); דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995); חיה זנדברג פירוש לחוק המעצרים חלק א 8-9, 16, 33-34 (2001), והספרות הענפה המוזכרת שם.

³⁹ כך עולה מהנתונים המובאים בשנתונים הסטטיסטיים של משטרת ישראל. כך ר' חגיית לרנאו "מתכון לחקיקה לא יעילה: המקרה של חוק המעצרים" מחקרי משפט כד 123 (2008).



של חשוד ולגרום לו להודות בדברים שלא עשה גדול יותר כאשר מדובר במי שחירותו נשללה באמצעות מעצר לצרכי חקירה. מעצרים עד תום ההליכים, שלעתים מתמשכים חודשים ארוכים (ואף מעבר לכך), מקשים על הנאשם לנהל את הגנתו כראוי ולעתים מהווים לחץ חזק לויתור על טענות הגנה ולעריכת הסדר טיעון שתוצאתו אינה חמורה מן המעצר בו צפוי הנאשם להיות נתון ממילא. למעצר עד תום ההליכים, אף בהעדר הסדר טיעון, עלול להיות גם אפקט מחמיר מבחינת משך העונש וסוגו.⁴⁰

ריבוי המעצרים הוא מהתופעות המטרידות ביותר כיום במערכת המשפט הפלילי, ולדעת הסניגוריה הציבורית יש לה השלכות מדאיגות על משטר זכויות האדם בישראל ועל היחס שבין הפרט לשלטון. על רקע זה, אנו סבורים כי יהיה זה נכון וראוי להעלות את עקרון-העל של חוק המעצרים שעניינו 'מעצר ככלי אחרון' לדרגה החוקתית של חוק היסוד.

24. **זכותם של החשוד והעצור להיות מיודעים על זכויותיהם** – הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לכלול בחוק היסוד הוראה שתעגן את זכותם של החשוד והעצור להיות מיודעים בתחילת החקירה או בעת המעצר, לפי העניין, על זכויותיהם לפי כל דין. זכות היידוע הוכרה על ידי בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין, ובהקשרים שונים. יש חשיבות עצומה לעגן ברמה החוקתית את זכותו של אדם להיות מיודע על זכויותיו בחקירה ובמעצר, שכן לכל הזכויות הנתונות לו 'עלי ספרי' אין משמעות של ממש אם האדם לא יודע על קיומן ולא מבין אותן. במובן זה לא מדובר ב'זכות נגזרת' אלא בזכות מהותית העומדת בפני עצמה. העיגון החוקתי המלא של זכות היידוע יצמצם את המקרים בהם אנשים כלל אינם יודעים על קיומן של זכויות בסיסיות וחשובות בשעה שחירותם נפגעת באופן קשה ביותר. זכות היידוע נועדה גם לוודא שככל שהחשוד או העצור ויתרו על זכויותיהם, הרי שהדבר נעשה במודע ומתוך רצון חופשי ומלא.

ענישה

ענישה אסורה

25. סעיף 12 להצעת חוק היסוד מציע לקבוע כי "אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, אכזרי או לא אנושי". דומה שמדובר בניסוח מיושן מאד, שלקוח מחוקות בנות מאות שנים, ואינו הולם חוקה מתחדשת במאה ה-21. לא ברור מדוע האמצעי הגופני, האכזרי או הבלתי אנושי הוגבל רק ל"עונש", ולעניין זה הסניגוריה הציבורית מציעה כי **האיסור האמור יחול גם על "יחס" כאמור**, כפי שמקובל בחוקות רבות בעולם. בהקשר זה יצוין כי נמצא ש-63% (38 חוקות) מהחוקות בנות-ההשוואה לשיטה הישראלית אוסרות על יחס (treatment) פסול של המדינה

⁴⁰ להרחבה על נזקי המעצר, ר' למשל **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2017** (2018), בעמ' 24-28.



כלפי הפרט, בנוסף לאיסור על ענישה פסולה.⁴¹ כך גם נקבע באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה האירופית לזכויות אדם.

26. עוד מוצע כי האיסור יחול גם על עונש או יחס "משפיל", מונח אשר נובע ישירות מעקרון כבוד האדם וההגנה עליו, ואף הוא מתכתב עם מגמות מתקדמות יותר במשפט המשווה. לעניין זה, נמצא כי ב-80% מהחוקות (129 חוקות) האיסור מוכוון גם לענישה מבזה/משפילה (תוך שימוש לרוב במונח degrading, וביתר המקרים humiliating). מבין חוקות אלו, כ-75% מהן אוסרות על שימוש באמצעים משפילים. וגם בהקשר זה – כך נקבע באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה האירופית לזכויות אדם.

עקרון המידתיות בענישה

27. בצד האמור לעיל, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לכלול בחוק היסוד את **עקרון המידתיות בענישה**, שלפיו "לא יוטל על אדם עונש חמור מהנדרש כדי להשיג את מטרות הענישה; עונש המוטל על אדם יהיה במידה הפחותה ביותר בהתאם לנסיבות העניין". הוראה ממין זה מתכתבת עם העיקרון המנחה בענישה הקבוע בסעיף 40 לחוק העונשין (עקרון ההלימה) ועם האינטרס הציבורי החשוב שבשיקומם של עוברי חוק, וכן תסייע באיזון החשש מפני שימוש לא ראוי ואינפלציה בעונשי מאסר (הן במספר המאסרים והן באורכם) ובדרכי ענישה נוספות.

הזכות לתנאי כליאה הולמים

28. ברבות השנים, הפכו מתקני הכליאה בישראל לאחת הפינות העזובות והנשכחות של החברה הישראלית. מידי שנה מפרסמת הסניגוריה הציבורית דוחות מסכמים בדבר תנאי כליאה, מהם עולה התמונה המטרידה כי חרף השיפור המסוים במצב תנאי הכליאה, במרבית המתקנים עדיין שוררים ליקויים חמורים וקשים, ובחלק מן המתקנים אסירים רבים שוהים בתנאים שאינם ראויים למגורי אדם.⁴²

29. על רקע זה, במאי 2012 חוקק תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 בנושא תנאי כליאה הולמים. במרכז ההסדר שהתקבל על ידי המחוקק מצויה החובה הבסיסית

⁴¹ המדובר בחוקות מדינות ה-OECD, מדינות האיחוד האירופי, מדינות דמוקרטיות מתקדמות לפי מדד Freedom House ומדינות "מרחב הסמך" שהוזכרו בפסיקה חוקתית של בית המשפט העליון בארץ בין 2010-1994. הנתון ההשוואתי המובא כאן – וכן במקומות הבאים במסמך – מבוססים על הסקירה המשווה שנכללה בנייר המדיניות של **המכון הישראלי לדמוקרטיה**, הערה 3 לעיל, כמו גם על הסקירות ההשוואתיות שנערכו במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.

⁴² דוחות הסניגוריה הציבורית בדבר תנאי המעצר והמאסר בישראל. ניתן לעיין בכל הדוחות בקישור הבא: https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/public_defender_detention_and_imprisonment_conditions_reports



בסעיף 11 לפקודה לפיו "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". לצד זאת, עוגנה רשימה (פתוחה) של תנאי מחייה מינימאליים להם זכאי כל אסיר.⁴³ לבסוף, נקבעו בחוק סעיפים ספציפיים הנוגעים לזכותו של האסיר להשתלב בפעילויות שיקום, חינוך ופנאי וחובותיו של נציב בתי הסוהר בהקשר זה לבחון אפשרויות לשיקומו של האסיר ולנקוט צעדים להבטחת שילובו המירבי בפעילויות שיקום בין כותלי הכלא. הסדר משלים ודומה לעניין תנאי מעצר הולמים קיים כבר משנת 1996 בסעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

30. ההוראות האמורות בדבר תנאי מעצר ומאסר הולמים הן הוראות בעלות "ניחוח חוקתי", ועל פי פסיקת בית המשפט העליון יש להן קשר הדוק לזכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁴ הן משתלבות גם בנוף המשפט הבינלאומי, ובמיוחד עם סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שלפיה "אנשים שנשללה חרותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם".

31. על כן, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לכלול בחוק היסוד הוראה מפורשת שעניינה הזכות לתנאי כליאה הולמים, שלפיה "עצור או אסיר זכאי להיות מוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בכבודו כאדם, בגופו ובבריאותו".

עונש מוות

32. הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש מקום לכלול בפרק הענישה שבחוק היסוד איסור על קביעת עונש מוות. כגישה עקרונית וערכית, אנו סבורים כי מן הראוי לבטל את עונש המוות בספר החוקים הישראלי. להלן יפורטו הנימוקים העיקריים לעמדתנו זו.

33. הטיעון המוסרי כנגד עונש מוות – בראש ובראשונה, ההתנגדות לעונש מוות מבוססת על הטיעון המוסרי בדבר זכותה (וליתר דיוק, העדר זכותה) של המדינה לקחת חייו של אדם, באשר הוא אדם, אפילו במקרה החריג בו ביצע את הפשע הנורא מכל. פעולת ההוצאה להורג – ובפרט כשהיא נעשית בחסות החוק והמשפט – מעוררת שאלות יסוד הנוגעות לגבולות האלימות שמדינה רשאית להפעיל כלפי היחיד, ומשדרת מסר קשה שמהותו זילות הערך של חיי אדם. **עונש מוות הוא עונש אכזרי ובלתי אנושי, וככזה הוא בלתי חוקתי.**⁴⁵ היתר למדינה לבצע

⁴³ ובכלל זה: תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ותנאי השגחה מתאימים; מיטה, מזרון ושימכות לשימוש האישי, והחזקת חפצים אישיים; מי שתייה ומזון; בגדים, מוצרי היגיינה ומצעים; תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא; והליכה יומית באוויר הפתוח.
⁴⁴ ר', למשל, בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח' (ניתן ביום 13.6.2017) (שטח מחייה מינימאלי לעצור ולאסיר); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (ניתן ביום 12.2.2007) (מטיה לכל עצור ואסיר); בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (ניתן ביום 31.1.2021) (החובה לספק חיסונים נגד נגיף הקורונה לעצורים ואסירים).
⁴⁵ לדעה דומה, ר' למשל חיים כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט, ספר היובל (1993) 25-28.



פעולות המתה משפטיות "סטריליות" נושא עמו השפעות הרסניות על מערכת המשפט, ועל החברה בכללותה. כפי שנאמר, "לא זו בלבד ש(עונש מוות) אינו מכפר על הפגיעה בגופה של החברה, אלא הוא אף מוסיף עליה כתם חדש".⁴⁶

ואולם, מעבר לעוול המוסרי והחברתי הכרוך בעונש המוות, קיימים גם טעמים מעשיים כבדי משקל כנגדו, הנתמכים בניסיון המר שהמצטבר במדינות בהן עונש המוות הופעל, ובהם החשש מטעויות ומהוצאות להורג של חפים מפשע, ובמגמה הבולטת של ביטול עונש המוות במדינות רבות בעולם.

34. החשש מטעויות ומהוצאות להורג של חפים מפשע – אין מערכת משפט החסינה מפני טעויות. טעות בהרשעתו של אדם וענישתו של חף מפשע הן תמיד עוול נורא. **ייחודו של עונש המוות הוא בהיותו בלתי הפיך, כך שהטעות בהפעלתו וההוצאה להורג של אדם לשווא מקבלות משמעות מצמררת במיוחד.** כפי שציין ח"כ הרב מרדכי נורוק ז"ל, במהלך דיוני הכנסת בביטול עונש המוות בעבירת רצח: "עונש-המוות הוא מעוות שאינו ניתן לתיקון ... כשניתן עונש מאסר-עולם על-פי טעות, אפשר לתקן אותו בכל עת ובכל שעה, אבל מתים אי-אפשר להחיות... מפני טעמים ונימוקים אלה, אנו צריכים לדרוש את ביטול עונש-המוות".⁴⁷

דברים נכוחים אלה אינם מהווים חשש ערטילאי, כפי שניתן להיווכח מנתוני פרויקט החפות ומקורות אחרים בארצות-הברית. מאז שנת 1973 ועד לשנת 2018, שוחררו יותר מ-160 נידונים למוות שהמתינו להוצאתם להורג, לאחר שהתברר כי הם חפים מכל פשע (בשנים האחרונות מדובר על ממוצע של 5 "מזוכאים" (exonerees) מדי שנה ששוחררו מאגף הנידונים למוות ויצאו לחופשי).⁴⁸ לאורך השנים תועדו בארצות-הברית גם עשרות מקרים של הוצאות להורג שבוצעו ובדיעבד התבררו כשגויות.

35. מגמת ביטול עונש המוות במשפט המשווה – הנימוקים שלעיל ואחרים הביאו למגמה עולמית, ברורה ועקבית, של ביטול עונש המוות. נכון להיום, למעלה מ-100 מדינות ביטלו את עונש המוות באופן מלא, ואליהן מצטרפות בכל שנה עוד ועוד מדינות.⁴⁹ חברות האיחוד האירופי מחקו את עונש המוות מספר החוקים שלהן לפני שנים רבות, ולמעשה הדמוקרטיה המערבית היחידה בה עדיין קיים ומופעל עונש מוות היא ארצות-הברית, אשר גם בה הולכת ומתחזקת המגמה של ביטול עונש המוות: עונש המוות בוטל ב-23 ממדינות ארצות-הברית, וב-3 מדינות נוספות הכריזו המושלים על הפסקת השימוש בו; בעשור הראשון של שנות האלפיים בוטל עונש המוות ב-3 ממדינות ארצות-הברית, ובשנים שלאחר מכן ועד כה בוטל העונש ב-8 מדינות

⁴⁶ הציטוט לקוח מתוך אלבר קאמי **הרהורים על הגיליוטינה** (1957).
⁴⁷ פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 27.11.1951, בעמ' 480 (דיון בקריאה ראשונה להצעת חוק ביטול עונש-מוות, התשי"ב-1951).

⁴⁸ Death Penalty Information Center, **Facts about the Death Penalty** (Updated: November 5, 2018)
⁴⁹ מדינות שביטלו את עונש המוות בשנים האחרונות הן קונגו, מדגסקר, בנין, גינאה, בורקינה פאסו וציאד.



נוספות.⁵⁰ מגמה זו זוכה לביטוי מובהק גם במישור החוקתי, כאשר 72 חוקות (או 88% מאלה בנות השוואה) אוסרות מפורשות על עונש מוות.

מימוש זכויות של קטין

36. הצעת חוק היסוד נשענת בחלקה על נוסחו של סעיף העקרונות הכלליים (סעיף 1א) שבחוק הנוער (שפיטה, ענישה, ודרכי טיפול, תשל"א-1971). מדובר בסעיף ייחודי – שמלכתחילה נוסח באופן חוקתי – שבו הגדיר המחוקק עקרונות-על החולשים על כל תחומי ההתייחסות לנוער עובר חוק. אכן, "זה מכבר השתרשה בשיטת משפטנו ההנחה העקרונית כי בעניינם של קטינים יש לבכר שיקולי שיקום",⁵¹ ואנו מברכים על הכללתו של סעיף זה בהצעת חוק היסוד.

37. ואולם, מנוסחו הנוכחי של סעיף 13 להצעת חוק היסוד הושמטה ההתייחסות לשמירה על **כבוד הקטין** המופיע בחוק הנוער כעקרון ראשון במעלה בסעיף 1א. מעמדם הייחודי של קטינים מצריך הגנה יתרה על זכויותיהם, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בזכות כה מהותית ומרכזית כזכות לכבוד. ההכרה בזכותם של קטינים בהליך הפלילי לכבוד נקבעה גם בסעיף 40 לאמנה לזכויות הילד:

"המדינות החברות מכירות בזכותו של ילד, אשר נטען כי הפר את דיני העונשין, או הואשם בהפרתם או נקבע כי הפר אותם, להיות מטופל **באופן המתיישב עם תחושת כבודו של הילד** וערכו העצמי, המחזק את הכבוד שהוא רוכש לזכויות האדם ולחירויות הבסיסיות של אחרים, תוך התחשבות בגיל הילד ובחיוניות שילובו בחברה ומילוי תפקיד יצירתי בה".

38. כבודם של קטינים אינו ככבודם של בגירים לעניין זה. שמירה על כבודו של קטין אינה מובנת מאליה. זאת, בשל היותם של קטינים נתונים לשלבי התפתחות שונים ובהתאם לכך גם יכולות משתנות; וכן בשל היותם נתונים בחזקת הוריהם, אשר אמונים על ייצוגם בהליכים משפטיים. במצבם הייחודי יש מקום לעגן במפורש גם את הזכות לכבודו של קטין, אשר ממנה נגזרים רבים מהכללים ומההסדרים הפרטניים שנקבעו בחוק הנוער.

התאמות לאדם עם מוגבלות ולאדם שאינו דובר השפה העברית

39. כהערה מקדמית, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש להבחין בין ההסדרים החוקתיים הנוגעים לאנשים עם מוגבלות לבין אלו של אנשים עם קשיי שפה. המדובר בשתי קבוצות שונות בתכלית,

⁵⁰ לפירוט ר' כאן: <https://deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>
⁵¹ רע"ב 5709/06 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 8.8.2016), בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.



הנבדלות זו מזו מבחינת מאפייניהן וצרכיהן, ולכן ההסדרה החוקתית בעניינן צריכה להיעשות באופן שונה. להלן יובאו הערותינו הקונקרטיות להסדרים אלו:

40. באשר לאנשים עם מוגבלות בהליך הפלילי – הנוסח המוצע בסעיף 14 שלפיו אדם עם מוגבלות זכאי לכך "שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם מימוש זכויותיו...", זאת ותו לא, הוא כללי ומיושן ביותר. אין הוא עולה בקנה אחד עם העקרונות והסטנדרטים שהוצבו בדברי החקיקה הרלוונטיים לאנשים עם מוגבלות בהליך הפלילי, כגון חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (והתקנות שהוצאו מכוחו)⁵² וחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו-2005,⁵³ וכן באמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.⁵⁴ במיוחד צורם העדר ההתייחסות לזכויות היסוד של אנשים עם מוגבלות בכל הנוגע לעקרון השתתפות השווה, הזכות להנגשת ההליך והחובה לשקול את הפגיעה העודפת שעלולה להיגרם לאדם עם מוגבלות בהליך הפלילי.

יש לזכור כי מחקרים מצביעים על תופעה של ייצוג יתר של אנשים עם מוגבלויות בכל שלבי ההליך הפלילי. אנשים עם מוגבלות פגיעים יותר בהליך החקירה, והסיכוי שידו במעשים שלא ביצעו גבוה יחסית לאוכלוסייה הכללית.⁵⁵ כמו כן, השהות במעצר או במאסר היא טראומטית וקשה במיוחד עבור אנשים עם מוגבלות לעומת אסירים אחרים ולעיתים הם פגיעים וחשופים לניצול, להתעמרות ולאלימות.

על כן, הסניגוריה הציבורית מציעה לקבוע סעיף רחב יותר בעניין אנשים עם מוגבלות בהליך הפלילי, ובו ייקבע:

א. לא יישללו זכויותיו של אדם בהליך הפלילי מחמת מוגבלותו; אדם עם מוגבלות זכאי להשתתפות שווה בהליך פלילי שהוא צד לו, להנגשת ההליך ולביצוע התאמות הנדרשות כמענה לצרכיו המיוחדים.

⁵² סעיף 2 לחוק (סעיף המטרה) קובע כי "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו". בסעיף 6(2) לחוק נקבע כי "מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו ... תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין". על החובה לבצע התאמות לאנשים עם מוגבלות, ר' גם את פסק דינו של הנשיא (דאז) א' ברק בבג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים רעות**, פ"ד (1) 19 (1996).

⁵³ בין היתר, חוק הליכי חקירה והעדה קובע חובות התאמה בעניין חקירת אדם עם מוגבלות שכלית על ידי חוקר מיוחד (סעיף 3); חובת הודעה על חקירה לבן משפחה או אפוטרופוס (סעיף 5); ליווי בחקירה של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית (סעיפים 8 ו-16); הסברת זכויות בשפה מובנת (סעיף 9); תיעוד החקירה (סעיפים 10 ו-17); וכן התאמות שונות בהליך המשפטי (סעיפים 20-23). החובה לבצע התאמות מצאה ביטוי גם בתחום הענישה: כך למשל, במסגרת תיקון מס' 102 לחוק העונשין, התשל"ז-1997 נקבע בסעיף 51א לחוק כי הממונה על עבודות השירות יפעל בשקידה הראויה "למציאת מקומות לעבודת שירות למגוון סוגי אוכלוסייה, לרבות אנשים עם מוגבלויות" ובסעיף 51ב(1) (2) נקבע כי על הממונה לשקול את מוגבלותו של הנאשם לצורך השמתו בעבודת שירות מתאימה; בהקשר זה, ברע"פ 1/09 **אסרף נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 17.3.2020), קבע השופט רובינשטיין כי "לא יתכן, כי אדם עם מוגבלות ייאסר במקום שאחר לא ייאסר" (שם, בפס' ז').

⁵⁴ כך למשל, בסעיף 13 לאמנה עוגנה זכותם של אנשים עם מוגבלויות לנגישות לצדק, בשוויון עם אחרים, לרבות תוך ביצוע התאמות בהליך והתאמות תואמות גיל. גם בסעיף 14 לאמנה, העוסק בהגנה על חירותם של אנשים עם מוגבלות הוזכרו עקרון השוויון והזכות להתאמות סבירות.

⁵⁵ הילה שפרלינג-סטרן וליל פטישי, "שיטות חקירת חשוד והסיכון להודאת שווא", **הסניגור** 274, 4-11 (2020) – הספרות הענפה והאסמכתאות המובאות בהערת שוליים מס' 2.



ב. היה האדם עם המוגבלות חשוד, נאשם, נידון או אסיר, בהפעלת הסמכויות ובנקיטת ההליכים כלפיו יישקלו גם הפגיעה העודפת שעלולה להיגרם לו מחמת מוגבלותו וכן החיוניות של שילובו בחברה.

41. באשר לאנשים שאינם דוברי השפה העברית – סעיף 15 להצעת החוק קובע אך ורק את החובה כי אדם שאינו דובר השפה העברית זכאי לכך "שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם הבנת השפה שבהל מתנהל הליך פלילי שהוא צד לו". אנו מציעים לקבוע סעיף ברור יותר אשר יקבע כי "אדם זכאי להבין את ההליך הפלילי המתנהל נגדו ואת השפה שבה הוא מתנהל, ולשם כך זכאי להסתייע במתורגמן".

בית המשפט עמד לא אחת על חשיבות העובדה שחשוד ונאשם יבינו את מהות החשדות וההאשמות וטיב הליכי החקירה והמשפט המתנהלים כנגדם, וקבע כי "כאשר לא זוכים החשוד או הנאשם לתרגום אפקטיבי הרי שנפגעת זכותם להליך הוגן, שכן נשללת מהם הזכות להבין את אשר הם מואשמים בו כמו גם יכולתם להסביר את עצמם ולהתגונן כנגד ההאשמות באופן שעשוי אולי להביא לטיהור שמם".⁵⁶ זכות יסוד זו עולה בקנה אחד עם הוראת החוק שלפיה "חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת סימנים";⁵⁷ וכן עם ההוראה שלפיה "הוברר לבית המשפט שהנאשם אינו יודע עברית, ימנה לו מתרגם או יתרגם לו בעצמו".⁵⁸ הזכות להבין את ההליך, שממנה נגזרת גם הזכות לתרגום נאות, אף היא מקובלת בחוקות רבות בעולם.⁵⁹

נפגעי עבירה

42. על פי הצעת חוק היסוד, מטרתו קשורה בטבורה ב"הכרה האוניברסלית והטבעית בצורך להגן על העצור, החשוד או הנאשם מפני כוחה העודף של המדינה ושל רשויות השיטור והאכיפה שלה, בעת שהוא נמצא במצב פגיע ומוחלש כמושא של חקירה או משפט פליליים". מלכתחילה איפוא, חוק יסוד זה נועד לאזן בין פערי הכוחות שקיימים בין רשויות המדינה העוצמתיות לבין האדם שכוח זה מופנה נגדו (קרי החשוד, העצור והנאשם), להגדיר את גבולות השימוש בכוח זה, ובמיוחד לרסנו. לעומת זאת, הזכויות המנויות בחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001

⁵⁶ ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 3.11.2010), בפס' 8 לפסק דינו של השופט דנציגר.
⁵⁷ סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002. כמו כן, בסעיף 118 לחוק נקבע כי "תועדה חקירת חשוד בכתב בלבד, יהיה התייעוד בשפה שבה התנהלה החקירה" כן ר' הצעת החוק הממשלתית בעניין זכויות נחקרים וחשודים, שלפיה הודעה לחשוד על זכויותיו ואזהרתו "יהיו בשפה אשר אותה דובר החשוד, ככל האפשר בניסיונות העניין" (סעיף 3ז(ב)).

⁵⁸ סעיף 140 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.
⁵⁹ כך למשל, 83 חוקות בנות השוואה כוללות זכות לתרגום מידע שהמדינה מחויבת להעביר לפרט בהליך הפלילי עבור נחקרים, נאשמים או בעלי דין. בין החוקות שעייגנו את הזכות להליך פלילי מובן: ארצות-הברית, קנדה, האיחוד האירופי ודרום אפריקה. 82% מהחוקות אף כוללות חובה להנגשה לשונית של המשפט הפלילי, ו-34% מהחוקות כוללות הנגשה לשונית של מידע המועבר בשלב המעצר. ב-60% מהחוקות אפילו נקבע מפורשות שהנאשם לא יישא בעלויות התרגום. כן ר' סעיף 14(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.



ככלל נוגעות לקבלת מידע ולהבעת עמדה בנקודות מסוימות (לרוב בשלבים מאוחרים יחסית של ההליך הפלילי). אלו זכויות חשובות, אך לדעתנו אין הן מתאימות בהכרח במהותן לעיגון חוקתי. כך שקושי אחד ביחס לסעיף הנוגע לנפגעי העבירה נובע מחוסר ההתאמה שלו למטרת חוק היסוד בכללותו ולטיב הזכויות שהוא מעגן.

43. יתרה מכך, חוק זכויות נפגעי עבירה נועד, על פי סעיף המטרה שלו, "לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים". על כן, גם בחוק שיוחד לזכויותיהם הפוזיטיביות של נפגעי עבירה סבר המחוקק כי קיימת חובה להבהיר באופן מפורש את היחס בין זכויותיהם של נפגעי עבירה לבין זכויותיהם של חשודים, נאשמים ונידונים, ואת עדיפותם של האחרונים על פני הראשונים ככל שקיימת התנגשות ביניהן.

44. על אחת כמה וכמה נדרשת הבהרה כזו, ככל שחוק היסוד אכן יכלול בסופו של דבר סעיף הנוגע לנפגעי עבירה, במסגרת חוק יסוד שבמהותו נועד להגן על מי שמופעל כוח נגדו במסגרת החקירה, המעצר והמשפט. אין זה ראוי כי חוק זה, שמבקש לעגן באופן חוקתי זכויות יסוד של מי שנמצאים בסכנת פגיעה מוגברת במסגרת ההליך הפלילי, יציב באותו מישור את מי שההליך הפלילי נועד לשרת, כשכוחה של המדינה מצוי לצידו ולעזרתו, לעיתים אף באמצעות סעדים אזרחיים וישירים שנפסקים לטובתו.

45. צירוף הדברים האמורים לעיל מעורר את החשש שחוק היסוד, שנועד להגן על זכויותיהם של מי שנמצאים בסכנת פגיעה מיוחדת מצד רשויות החקירה והאכיפה במסגרת ההליך הפלילי, ייתן הגנה פחותה לחשודים, לנאשמים ולנידונים. חשש זה מתעורר ביתר שאת ביחס לצמתים קריטיים בהליך הפלילי שבהם קיימת התנגשות ישירה בין הזכויות השונות. עוד מתעורר החשש כי הכללתו של סעיף זה בחוק יסייג את ההגנות הקיימות בו לחשודים ולנאשמים, ויהווה מכשיר לפגיעה שלטונית בזכויותיהם, בשם ההגנה על זכויות מתלווננים ונפגעי עבירה.

46. בנסיבות אלו, אנו סבורים שאין מקום להכללתו של סעיף 16 במסגרת חוק היסוד. ככל שבכל זאת, וחרף האמור, יוחלט להכליל סעיף זה במסגרת חוק היסוד, הרי שיש להעתיק במלואו את עקרון העל הקבוע בסעיף המטרה של חוק זכויות נפגעי עבירה, שלפיו אין בסעיף זה כדי לפגוע בזכויות חשודים, נאשמים ונידונים.

שמירת דינים

47. על פי סעיף שמירת הדינים המוצע בסעיף 21 להצעת החוק, חוק היסוד אינו יכול לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. הסניגוריה הציבורית סבורה כי מדובר בסעיף בעייתי ביותר שיש לשקול את מחיקתו, ולחילופין להגביל את תוקפו לפרק זמן קצוב ומוגדר.



48. הוראה של שמירת דינים נחשבת לחריגה מאד בנוף המשפט החוקתי, וככזו היא דרושה הצדקה משמעותית ומיוחדת וצריכה להיעשות (אם בכלל) במידה שפגיעתה החוקתית תהיה הפחותה ביותר. כינונה של חוקה (או פרק בחוקה) מעיד על בחירה חברתית-ציבורית להעניק מעמד-על לעקרונות ולזכויות היסוד הבסיסיים ביותר הראויים להגנה חוקתית. **סעיף של שמירת דינים מכרסם בשינוי המאזן הנורמטיבי והמשפטי ומחליש מאד את תוכנו של חוק היסוד, שכן הוא מגביל את תחולתו הישירה ביחס לדין עתידי בלבד. לא בכדי, מרבית החוקות המודרניות אינן מכילות סעיפי שמירת דינים בכלל.**⁶⁰ רציונאליים אלה חזקים ומהדהדים ביתר שאת, עת מדובר בזכויות בהליך הפלילי, המגלם את הכוח הרב ביותר שיכולה החברה להפעיל על הפרט – ובמיוחד כלפי חירותו וכבודו.

49. לאור זאת, נקודת המוצא העקרונית בעת כינון חוקה היא כי לא תיתכן חריגה מהרף החוקתי החדש (והמחייב) שנקבע. הסדר שמירת הדינים הישנים חותר תחת נקודת מוצא זו ומעורר קשיים רבים: שמירת דינים למעשה יוצרת סטנדרט כפול ביחס לזכויות האדם (וייתכן שאף סטנדרט משולש בשל "דין הביניים" שנמצא בתווך שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי); היא עלולה להביא לאי-שוויון, כיוון שבעלי נתונים דומים עשויים ליפול בתוך או מחוץ לתחולת הדין השמור ולזכות למענה שיפוטי שונה; היא עלולה להביא לסתירה חזיתית בין חקיקה "ישנה" לבין הבחירות החברתיות-ערכיות של מכוני החוקה; ולבסוף, היא עלולה להביא לידי זילות של החוקה, שתוקפה הסמלי נובע במידה רבה מהיותה נורמת-על מחייבת, מוחלטת וחובקת-כל.⁶¹ כפי שציין הנשיא (בדימוס) א' ברק, שמירת הדינים מביאה ליצירתו של "מצב משפטי מיוחד במינו, שעל פיו שתי מערכות דינים – ישנה וחדשה – מתקיימות זו לצד זו מבלי שהאחת מביאה לשינויה או לביטולה של האחרת. נוצרה אנומליה חוקתית. **אין זה מצב בריא לשיטת משפט, שמצויות בה הוראות סותרות בלא שהאחת תגבר על האחרת ולשתיהן יינתן תוקף משפטי. שיטת משפט שואפת להרמוניה ואחדות.**"⁶²

50. יתרה מכך, עיון בדברי ההסבר להצעת חוק היסוד מגלה כי מטרתו, במידה רבה, היא לעגן ולשקף את המצב הנורמטיבי הקיים והנוהג. אף לגופו של עניין, ניתן לראות כי הסעיפים המוצעים בהצעת חוק היסוד אינם כוללים בחובם חידושים משמעותיים בתחום המשפט הפלילי-חוקתי לעומת דברי החקיקה הפרטניים הקיימים כיום (כדוגמת חוק העונשין, סדר הדין הפלילי, חוק המעצרים ועוד). בנסיבות אלו, לא נוצר פער של ממש בין הדין הישן לזכויות

⁶⁰ אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413 (2018); 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 (Cambridge Studies in Constitutional Law, 2019), pp. 308-334.

⁶¹ ר' עודד יהוד "שמירת דינים או שמורות של דינים?" משפט מפתח (כתב העת של פרקליטות המדינה) 113-103 (אפריל 2021).

⁶² ברק, הערה 60 לעיל, בעמ' 415.



המעוגנות בחוק היסוד, המצדיק את הכללתו של סעיף שמירת הדינים – ומכל מקום, גם לא הוצגו דוגמאות משכנעות וקונקרטיות לכך.

51. זאת ועוד, קביעת הסדר שמירת דינים רחב וגורף כל כך עלולה לייצר 'אפקט מצנן' מפני חקיקה חדשה ומודרנית בתחום הפלילי. כך במיוחד מתעורר החשש כי המחוקק יירתע מתיקונים 'מיטיבים' של סעיפי חקיקה קיימים, לבל ייחשפו אותם חוקים לשבט הביקורת השיפוטית.⁶³

52. יתרה מכך, במצב המשפטי דהיום, נקודת האיזון שבין זכויות החשודים והנאשמים לבין אינטרסים אחרים נוצרה ונקבעה בהלכות בית המשפט העליון, ואינה מעוגנת מפורשות על-ספר (בכלל זה ניתן להצביע, בין היתר, על חובת התייעוד של הויתור על זכות ההיוועצות בחקירה; על האפשרות לבצע חיפוש על גופו של חשוד בהיעדר חשד ובהינתן הסכמה מדעת; על קביעת הסדרים דינוניים לבקשות הנוגעות לצווי חיפוש בעניינם של חשודים; ועוד). סעיף שמירת הדינים (המגן, מטבע הדברים, לא רק על חקיקת הכנסת אלא גם על דין שנקבע בהלכות בית המשפט) עלול להביא, איפוא, ל"הקפאת מצב" גם באשר לפיתוח הפסיקתי של זכויות בהליך הפלילי באשר לכל אותן הלכות שנקבעו עובר לחקיקת חוק היסוד. מצב זה, לא רק שאינו רצוי – אלא הוא ניצב בסתירה ממשית לבחירה החברתית-ציבורית להעניק מעמד-על לזכויות היסוד הבסיסיות הראויות להגנה חוקתית. הדעת נותנת כי ניתן וראוי להמשיך את הפיתוח הפסיקתי של הלכות בית המשפט בנושאים אלה – במיוחד בהינתן הבחירה של מודל מצומצם יחסית של חוק היסוד, המעגן אך את העקרונות החוקתיים הכלליים, ולא את יישומם הפרטני בסוגיות קונקרטיות.

53. נראה כי הנימוק היחידי בדברי ההסבר לסעיף שמירת דינים מצוי ברצון להימנע מדיון מחודש בדיון הקיים, "שאינו מציאותי, בהתחשב בהיקפם של ההסדרים החוקיים בתחום זה ובריבוי הסוגיות והפרטים שבהם הם עוסקים".^{ראשית}, נראה כי מדובר בחשש מופרז שאינו מבוסס על דוגמאות קונקרטיות, וממילא הניסיון מלמד כי בית המשפט העליון ישכיל להתמודד עם ניסיונות לאתגר באופן לא ראוי את יציבות המערכת. שנית, ניתן לרפא חשש זה באמצעות הסדר שמירת דינים זמני, שיפקע לאחר פרק זמן שייקבע.⁶⁴ מנגנון שההייה שכזה יהווה פתרון ביניים מידתי, שישמור מחד גיסא על יציבות המערכת וייתן מענה לאלו החוששים מהפגיעה בתפקודה התקיין; ומאידך גיסא, יתמרץ בחינה כנה, מעמיקה ומחויבת של ההסדרים השונים, וככל שיידרשו – ביצוע התאמות ותיקוני חקיקה שיעלו את הדין הפלילי הישראלי למדרגה החוקתית הראויה לו. מנגנון דומה הוצע כידוע על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה בהקשר הנוכחי, כמו גם בהצעת "חוקה בהסכמה" משנת 2005 ובהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט משנת 1994. יתרה מזאת, פתרון ביניים זה נקט כידוע זה מכבר בחוק יסוד: חופש העיסוק, ולא הביא בפקיעתו להצפת בית המשפט הגבוה לצדק בעתירות חוקתיות.

⁶³ ר' לעניין זה בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, נג' (5) 241 (1999).

⁶⁴ על המסקנה כי חשש מפגיעה ביציבות המערכת צריך להנביע שמירת דינים זמנית, ראו יהוד, הערה 61 לעיל, בעמ' 105; וייל, הערה 60 לעיל, בעמ' 318.



54. יצוין כי לטעמנו הקבלת סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד הנוכחי לזה שנקבע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה במקומה. דומה כי ההקשר הפוליטי-היסטורי שבו נחקק סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הציף חשש מהתנגשות חזיתית בענייני דת ומדינה ומעמד אישי. במקרה דנן, מנגד, אין מדובר בהתנגשות בין מערכות ערכים נוגדות, כי אם בנקודות איזון שונות בתוך אותה מערכת ערכית – שאלה הזוכה, לשיטתנו, למענה ממשי ומספק בפסקת ההגבלה, המאפשרת מרווח תנועה פרשני בשעת העיסוק במלאכת איזונים של ערכים ואינטרסים.

55. לסיכום, הסניגוריה הציבורית סבורה שקביעת סעיף שמירת דינים גורף ונחצי בחוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, המחריג למעשה את הקורפוס הנורמטיבי הנוהג כולו מתחולת חוק היסוד החדש, אינה נכונה ואינה ראויה. **לדעתנו אין מקום להכללתו של סעיף "שמירת הדינים" בחוק היסוד, ולחילופין ניתן להעמיד פתרון ביניים מידתי ומספק באמצעות קביעת שמירת דינים זמנית לפרק זמן קצוב ומוגדר.**

בכבוד רב ובברכה,

ישי שרון, עו"ד
מנהל תחום בכיר (חקיקה ומדיניות)
הסניגוריה הציבורית הארצית

ענת מיסד כנען, עו"ד
הסניגוריה הציבורית הארצית