



רשומות

# הצעות חוק

הממשלה

2 במרס 2022

1523

כ"ט באדר א' התשפ"ב

עמוד

הצעת חוק-ייסוד: זכויות בהליך הפלילי.....692

## הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי

1. עקרונות יסוד  
זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
2. מטרה  
חוק-יסוד זה, מטרתו להבטיח כי הגשמת תכליות ההליך הפלילי תיעשה תוך הגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך זה, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;  
בחוק-יסוד זה, "הליך פלילי" – הליך חקירה, הליך מעצר ומשפט פלילי.
3. הליך הוגן  
כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן.
4. עיקרון החוקיות  
(א) אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או לפיו.  
(ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם בשעה שביצע אותם לא היו המעשה או המחדל אסורים בחוק או לפיו.
5. עיקרון האשמה  
(א) לא יוטל על אדם עונש בשל עבירה שביצע, החמור מזה שהיה קבוע לעבירה, בחוק או לפיו, בשעת ביצועה.  
(א) לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה.  
(ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל עבירה שעבר אדם אחר.
6. חזקת החפות  
כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית.
7. סיכון כפול  
אין להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבשלו הורשע או זוכה בעבר בהליך פלילי.
8. הפללה עצמית  
(א) כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה פלילית.  
(ב) כל נאשם זכאי שלא יכפו עליו להעיד לפני רשות שיפוטית בהליך הפלילי בעניינו.
9. ייצוג משפטי  
(א) כל אדם זכאי להיוועץ בעורך דין בנוגע לחקירה פלילית שבה הוא נחקר כחשוד.  
(ב) כל חשוד, נאשם או נידון זכאי להיות מיוצג בידי עורך דין ולהיוועץ בעורך דין בכל הליך פלילי בעניינו לפני רשות שיפוטית.
10. זכויות בהליך מעצר  
(א) מעצר ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין.  
(ב) כל עצור זכאי שיודיעוהו, במהלך ביצוע המעצר, את סיבת מעצרו.  
(ג) כל עצור זכאי שיביאוהו בהקדם האפשרי לפני רשות שיפוטית.
11. זכויות בהליך חקירה  
(א) חקירת עבירה תיעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין.  
(ב) אדם זכאי שיודיעוהו את החשד המיוחס לו לפני גביית הודעתו כחשוד.
12. ענישה אסורה  
אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, אכזרי או לא אנושי.
13. מימוש זכויות של קטיין  
מימוש הזכויות של קטיין לפי חוק-יסוד זה ייעשה גם בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו; היה הקטיין חשוד, נאשם או נידון, יינתן משקל ראוי לטיפול בו ולשילובו בחברה, בעת הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו.

14. אדם עם מוגבלות זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם מימוש זכויותיו לפי חוקי־יסוד זה בהליך פלילי שהוא צד לו. התאמות לאדם עם מוגבלות
15. אדם שאינו דובר השפה העברית זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם הבנת השפה שבה מתנהל הליך פלילי שהוא צד לו. התאמות לאדם שאינו דובר השפה העברית
16. נפגע עבירה כהגדרתו בחוק, זכאי לכך שההליך הפלילי בעניין העבירה שממנה נפגע יתנהל באופן שיבטיח שמירה על זכויותיו על פי כל דין והגנה על כבודו כאדם. נפגע עבירה
17. אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. פגיעה בזכויות
18. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי־יסוד זה. תחולה
19. אין בכוחן של תקנות שעת־חירום לשנות חוקי־יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 38 לחוקי־יסוד: הממשלה<sup>1</sup>, מותר להתקין תקנות שעת־חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוקי־יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש. יציבות החוק
20. אין לשנות חוקי־יסוד זה אלא בחוקי־יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת. נוקשות
21. אין בחוקי־יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. שמירת דינים

## דברי הסבר

בהקשר זה יוזכר כי הכנסת אישרה בקריאה ראשונה בשנת 1996 את הצעת חוקי־יסוד: זכויות במשפט (ראו הצעות חוק, התשנ"ה, עמ' 334), שעסקה בנושאים דומים לאלה המעוגנים בהצעת חוק יסוד זו, אך החקיקה לא הושלמה, וכן הונחו לפני הכנסת לאורך השנים הצעות חוק יסוד נוספות באותם נושאים (להלן – הצעות קודמות לחקיקת חוק יסוד זכויות במשפט). התייחסות לזכויות אדם בהליך הפלילי נכללה גם בהצעת חוקה בהסכמה רחבה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בשנת 2006.

הצעת חוק יסוד זו נועדה להשלים את המלאכה ולהביא לעיגון של זכויות מהותיות בתחום המשפט הפלילי, במסגרת חוק יסוד הממשיך את המהלך החשוב של הנחת היסודות החוקתיים הנוגעים לזכויות האדם במדינת ישראל.

**סעיפים** כאמור לעיל בחלק הכללי לדברי ההסבר, הצעת חוק יסוד זו מוסיפה נדבך נוסף במגילת זכויות האדם של מדינת ישראל, שהתשתית החוקתית לה הונחה בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוקי־יסוד: חופש העיסוק. לאורך השנים פירש בית המשפט את זכויות היסוד אשר בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שהכיר בזכויות שאינן מנויות בו במפורש אך כלולות בזכויות המנויות בו, ובראשן הזכויות לכבוד ולחירות. מטרת הצעת חוק יסוד זו לעגן זכויות אלה, כגון הזכות להליך הוגן, חוקת החפזות, זכות הייצוג וזכויות נוספות, ככל שהן נוגעות להליך הפלילי, באופן מפורט ובדרך המלך – בחוק יסוד.

**כללי** הצעת חוק היסוד המתפרסמת בזה מוסיפה נדבך נוסף במגילת זכויות האדם של מדינת ישראל. חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק הניחו תשתית חוקתית רחבה להגנה על זכויות האדם, ואולם לא כל הזכויות נזכרו או התפרשו בחוקי יסוד אלה. כפי שיפורט להלן בדברי ההסבר לסעיפי הצעת החוק השונים, לאורך השנים פירש בית המשפט את זכויות היסוד אשר בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שהכיר בזכויות שאינן מנויות בו במפורש אך כלולות בזכויות המנויות בו, ובראשן הזכויות לכבוד ולחירות. מטרת הצעת חוק יסוד זו היא לעגן באופן מפורש ומפורט, בחוק יסוד, את זכויות היסוד בהליך הפלילי ובכלל זה בחקירה הפלילית, במעצר ובמשפט הפלילי, אשר מפרטות את זכויות היסוד לכבוד ולחירות ונובעות מהן.

הוראות בדבר זכויות אדם בהליך הפלילי נכללו, בצורה זו או אחרת, בפרקים הנוגעים לזכויות האדם שהיו חלק מיוזמות לגיבוש חוקה למדינת ישראל לאורך השנים. זאת על רקע ההכרה 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 כמושג של חקירה או משפט פליליים. ההכרה בזכויות כאלה מקובלת באמנות בין־לאומיות ואזוריות (כגון אמנת זכויות האדם האירופאית) ובחוקותיהן של רבות מהמדינות הדמוקרטיות, הגם שקיימת מטבע הדברים שונות במידת הפירוט ובהיקף של הזכויות המוכרות.

<sup>1</sup> ס"ח התשס"א, עמ' 158.

## דברי הסבר

פסקה 10 לפסק דינו של השופט לוי בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, סא(3) 93(2006); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, פרק שלושים (2014) (להלן – ברק, כבוד האדם); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155, 169 (1996).

הזכות להליך הוגן לא עוגנה במפורש בחקיקה הישראלית עד היום, אף על פי שהיו כמה הצעות לעגנה בחוק יסוד לאורך השנים, במסגרת הצעות קודמות לחקיקת חוק יסוד זכויות במשפט. ואולם המחוקק הישראלי הביא זכות זו לידי ביטוי במסגרת הוראות שונות בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשפ"ב-1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי), ובהן ההוראות הנוגעות לטענות מקדמיות שיכול לטעון הנאשם – טענת הגנה מן הצדק (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי), הוראות בדבר משך הליכי החקירה וההעמדה לדין (סעיף 57 לחוק סדר הדין הפלילי), זכות העיון בחומר חקירה (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי), הזכות לנוכחות הנאשם בדיונים בעניינו (סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי) והזכות לערוך חקירה נגדית (סעיף 174 לחוק סדר הדין הפלילי).

הסדרים נוספים המבטאים היבטים של הזכות להליך הוגן מצויים גם במסגרת פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן – פקודת הראיות), ובכללים ראיתיים שגובשו, דוגמת הסמכות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין (ראו בפסקה 66 לפסק דינה של השופטת ביניש בפרשת יששכרוב וכן בהצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשפ"ב-2021 (הצעות חוק הממשלה, התשפ"ב עמ' 1453), אשר הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה-שלישית ביום 14.2.2022).

הזכות להליך הוגן מוכרת גם במסגרת הדין הבינ"לאומי כן למשל עוגנה הזכות להליך הוגן במסגרת סעיף 10 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA RES.21A (1948) UN DOC A/810 AT 71 (3)), בסעיף 14 לאמנה הבינ"לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (האמנה הבינ"לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966)), ובסעיף 6 לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד (Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov.4, 1950) (להלן – האמנה האירופית לזכויות אדם)). כמו כן, עוגנה הזכות להליך הוגן בחוקות רבות בעולם, כאשר תוכנה הפנימי משתנה בין מדינה למדינה. בחוקה האמריקנית לדוגמה, קבוע העיקרון של "due process of law" בתיקון החמישי ובתיקון הארבע עשר לחוקה, בחוקת דרום אפריקה מובטחת הזכות להליך הוגן בהוראת סעיף 335(3), הקובעת עיקרון של "fair trial", ובסעיף 103 לחוק היסוד הגרמני הוכרה הזכות ונעשה שימוש באותו מונח.

הצעת החוק משתלבת במארג החוקתי הקיים, תוך שהיא מקדמת ומרחיבה את ההכרה הישירה והפרטנית בזכויות יסוד הנוגעות להליך הפלילי. בהתאם, חזרת הצעת החוק, בהתאמה קלה, על הסעיפים הכלליים של שני חוקי היסוד האמורים, ובכלל זה על סעיף עקרונות היסוד וסעיף המטרה (סעיפים 1 ו-2 להצעת החוק) וכן על הסעיפים שעניינם פגיעה בזכויות, תחולה, יציבות החוק ונוקשות (סעיפים 17 עד 20 להצעת החוק).

סעיף המטרה מבטא בין השאר את הרעיון כי זכויות היסוד המפורטות בחוק היסוד המוצע מיושמות במסגרת ההליכים הפליליים, אשר מלכתחילה קיומם נועד להשגת תכליות שהן הכרחיות בחברה דמוקרטית בדמות שמירה על אינטרסים ציבוריים חיוניים ובכללם שמירה על הביטחון האישי של פרטי החברה ועל ביטחון המדינה. הגשמת תכליות אלה, הניצבות ביסוד הדין הפלילי, מחייבות את קיומם התקין והיעיל של הליכים פליליים ובלתי ברירה פגיעה בזכויות אדם מוגנות. האיוון בין ההגנה על הזכויות המפורטות בחוק היסוד המוצע לבין ההגנה על הערכים החברתיים שאותם מקדמים ההליכים הפליליים ייבחן, כמקובל בשיטתנו המשפטית, לפי הוראות סעיף 17 להצעת חוק היסוד שעניינו "פגיעה בזכויות", הוזה כאמור למקביליו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.

**סעיף 3** מטרתו של הסעיף המוצע היא לעגן במפורש את הזכות להליך הוגן, אשר מהווה עקרון מרכזי בכל הליך משפטי ובכלל זה בהליך הפלילי שכולל הליך חקירה, הליך מעצר ומשפט פלילי. 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. ביסודה של זכות זו, עומדים שיקולי ההגנות, הצדק, השוויון בפני החוק ומניעת עיוות הדין כשיקולים מנחים בהליך הפלילי (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא(1) 461, 559 (2006) (להלן – פרשת יששכרוב), וכן ע"פ 4596/05 רונזשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 353 (2005)). 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 והדיוניות לפי הדין.

הזכות להליך הוגן הוכרה בשיטתנו המשפטית מתחילת ימיה, וקיבלה משנה תוקף לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מהתפיסה שהזכות להליך הוגן בהליך הפלילי, הגם שלא נזכרה במפורש, כלולה בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד (ראו לדוגמה פסקה 3 לפסק דינו של השופט טירקל בע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, (1999); פסקה 34 לפסק דינה של השופטת דורנר במ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, נו(3) 354 (2002);

## דברי הסבר

**סעיף 4** עקרון החוקיות, המעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין). הוא עיקרון ראשון במעלה במסגרת עקרונות המשפט הפלילי המהותי, ועיקרו התפיסה כי כל מעשה שאינו אסור מפורשות בחקיקה – מותר, בבחינת "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". מכאן נגזר שיש לקבוע איסורים פליליים בחקיקה בלבד ולא במשטמע, ולפרסמם לציבור הרחב; שעל האיסורים להיות בתוקף בעת ביצוע ההתנהגות האסורה; ושעל האיסורים להיות בהירים וברורים דיים, באופן שיהיה בהם להכווין את התנהגות הציבור.

ש"ז פלר בספרו הגדיר את העיקרון: "עקרון יסוד, ראשון במעלה, בדיני עונשין של מדינת שלטון החוק הוא עקרון החוקיות; אין עבירה ואין עונש אלא על-פי חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה" (ראו ש"ז פלר עקרונות יסוד בדיני העונשין, עמ' 4-21 (1984) (להלן – עקרונות יסוד בדיני העונשין); וכן יורם רבין ויניב ואק, דיני עונשין כרך א', עמ' 80 (התשע"א)). כאמור, עיקרון זה עוגן בחקיקה לראשונה במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, ואולם נתפס כעיקרון חוקתי במדינת ישראל עוד קודם לחקיקת החלק הכללי של חוק העונשין, אשר אך נתן לו ביטוי מפורש (עקרונות יסוד בדיני העונשין, עמ' 11). והוא עיקרון מקובל בחוקות רבות בעולם.

### לסעיף קטן (א)

מוצע לעגן את הדרישה כי עבירה פלילית תיקבע "בחוק או לפיו", משמע – על העבירה להיקבע בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה. דרישה זו נובעת מחומרת האיסור הפלילי, ממשמעותו של האיסור ומהשלכותיהן של הטלת אחריות פלילית ושל הסנקציה בגין הפרת האיסור על זכויות יסוד כגון הזכות לחירות, חופש הקניין, הזכות לשם טוב ועוד (עקרונות יסוד בדיני העונשין, בעמ' 11).

האופן שבו ניתן לקבוע עבירה פלילית בחקיקת משנה מוסדר בסעיף 2 לחוק העונשין. סעיף 2(א) מגביל את העונש שניתן להטיל על עבירה הקבועה בחקיקת משנה לשישה חודשי מאסר או לקנס הקבוע לעבירה לפי סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין. סעיף 2(ב) מסדיר את הביקורת הפרלמנטרית על קביעת עבירות ועונשים בחקיקת משנה ודורש לשם כך אישור ועדה של הכנסת לקביעת עבירות ועונשים בחקיקת משנה.

עקרון החוקיות טבוע כה עמוק במשפט העברי, עד שהכתוב אינו מסתפק בקביעת העונש אלא הוא אף מזהיר בנפרד מפני עצם המעשה האסור כדברי התלמוד "לא עש [הכתוב] אלא אם כן זוהיר" (סנהדרין נו ע"ב). ופעמים רבות ישאל התלמוד "עונש שמענה, אזהרה מנין?" (מכות ה ע"ב). ולא זו בלבד אלא על אזהרה זו להיות מפורשת ואין למדים אותה בדרכי פרשנות, כפי שהטעמים השופט זילברג (בע"פ 53/54 א"ש), מרכז ומני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 787): "אין השופט רשאי לחרוג

בהתאם לאמור, מטרת הסעיף המוצע היא לעגן את הזכות להליך הוגן, על תוכנה הרחב, בזכות חוקתית, וזאת כדי לשמור על זכויות האדם של מי שהוא צד להליך הפלילי. זאת, ברוח הדין הבין-לאומי, ברוח הרציונליזם שבבסיס הדין הישראלי בתחומי סדר הדין והראיות, וברוח הפסיקה הישראלית שפיתחה ופירשה את הזכות להליך הוגן מכוח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי גם במשפט העברי. בתורה נקבעו הוראות המחייבות את השופטים לערוך הליך משפטי הוגן. משה רבנו מצוין בנאומו האחרון: "וְאֶצְנֶה אֶת שְׁפִטֵיכֶם בְּעַת הַהוּא לְאֹמֵר שְׁמַע בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפִטְתֶּם צֶדֶק בֵּין אִישׁ וּבֵין אָחִיו וּבֵין גֵּרוֹ" (דברים א, טז). אף מודגשת בתורה חובת השופטים לדרוש ולחקור היטב בטרם הוצאת פסק דין: "וְיִרְשָׁתָּהּ הַיֵּטֵב וְהָיָה אִמְתָּת נְכוֹן הַדָּבָר" (דברים יז, ד). הליך הוגן כולל את זכותו של הנאשם להתגונן ולהשמיע את טענותיו, כפי שנאמר בתלמוד הבבלי (סנהדרין ז ע"ב) "שמע בין אחיכם ושפטתם" – אמר רבי חנינא: אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חברו, ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין. רבי משה איסרליש (פולין, המאה הט"ז) כותב כי עיקרון זה נלמד מדרכי האל: "ואף כי זה דבר פשוט, נוכל ללמדו מדרכי השם יתברך כי כל דרכיו משפט ודרכיו דרכי נועם ונתיבותיו שלום. התחיל באדם לשאול 'מי הגיד לך כי ערום אתה', וכן לקין אמר לו 'אי הבל אחיך', כדי לשמוע טענותיו – קל וחומר להדיוט. וכזה דרשו רז"ל ממה שנאמר 'ארדה נא ואראה' – לימד לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו" (שו"ת הרמ"א, סימן קח).

ויבהר כי הזכות להליך הוגן היא זכות יסוד של כל אדם שהוא צד להליך משפטי ולא רק למי שהוא צד להליך פלילי. עניינו של חוק יסוד מוצע זה הוא בעיגון פרק זכויות היסוד בהליך פלילי, ואין הוא בא לגרוע מתוקפן של זכויות בהליכים נוספים. ככל שבעתיד המחוקק הישראלי יעגן את זכויות היסוד של אדם בהליך משפטי באופן רחב יותר – מטבע הדברים ייתן ביטוי גם לזכות יסוד חשובה זו כמו גם לזכויות נוספות.

**סעיפים 4 ו-5** בסעיפים 4 ו-5 מוצע לעגן עקרונות יסוד של המשפט הפלילי, שהם בגדר מושכלות יסוד של כללי המשפט הפלילי בישראל ובעולם, אשר באו לידי ביטוי באופנים שונים, חלקם באופן ישיר ומפורש, בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 ("ס"ח התשנ"ד, עמ' 348) (להלן – תיקון מס' 39 לחוק העונשין). עקרונות יסוד תשתיתיים אלה מהווים כיום בסיס לקביעת עבירות והטלת אחריות פלילית, וכעת מוצע לתת להם מעמד חוקתי. עקרונות אלה הם: עקרון החוקיות, שממנו נגזרים גם האיסורים על הטלת אחריות פלילית רטרואקטיבית ועל ענישה רטרואקטיבית, ועקרון האשמה, שממנו נגזר גם עקרון האחריות האישית.

## דברי הסבר

מטרת ההצעה היא לעגן זכות חוקתית את העיקרון הקבוע היום בסעיף 3 לחוק העונשין, כמובן בלי לצמצם מהפרשנות שניתנה לו בפסיקה. ויובהר כי קביעת העיקרון בחוק יסוד אין בה כדי לגרוע מההוראה בסעיף 3(ב) לחוק העונשין, שלפיה אין רואים עדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש. הוראה זו נועדה להבהיר את המובן מאליו, ואין מקום לעגנה בחוק היסוד עצמו.

יצוין כי ישנם חוקים מעטים וספורים שהפלילו מעשים שקדמו לחקיקתם, למשל – חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"ז-1950, וחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"ז-1949. חוקים אלה הם היוצא מן הכלל המעיד על הכלל. הם עוסקים בפשעים חמורים וקיצוניים שקדמו לכינונה של מדינת ישראל, וכוללים מעשים נגד משפט העמים, שקיים קונצנזוס בין-לאומי בדבר אי-חוקיותם. חוקים אלה יעמדו בתוקפם נוכח סעיף שמירת הדינים המוצע.

### סעיף 5 לסעיף קטן (א)

עיקרון מרכזי נוסף במשפט הפלילי הוא עקרון האשמה. לפי עקרון האשמה, אין להטיל על אדם אחריות פלילית למעשה שלא נבע מאשם כלשהו שדבק בהתנהגותו, כגון מעשה שלא היה יכול להימנע מעשייתו או מעשה שלא היה שותף לביצועו, ולפיכך מוצע לקבוע כי לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה. האשמה משקפת את מידת נכונותו של העושה לפגוע בערך חברתי המוגן על ידי העבירה או להעמידו בסיכון.

בחלק הכללי של חוק העונשין מגולם עיקרון זה בכמה הוראות, כפי שיפורט להלן: ההוראות הקובעות הגנות וסייגים לאחריות פלילית, ההוראות הקובעות פטור מאחריות לניסיון במצב של חרטה, וכן ההוראות הדרושות יסוד נפשי בצד התקיימות היסוד העובדתי בעבירה פלילית (ראו מרדכי קרמיניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109 (תשנ"ו)).

פרק ה' לחוק העונשין, שעניינו סייגים לאחריות הפלילית, כולל, בסימן ב', שורה של סייגים לפליליות המעשה – קטינות, העדר שליטה, אי-שפיות הדעת, שכרות, הגנה עצמית, צורך כורח וצידוק. סייגים אלה מגלמים מצבים שבהם מעשהו של הנאשם, אף על פי שהתקיימו בו יסודותיה של עבירה פלילית, אינו מתאפיין באשם שמצדיק הטלת אחריות פלילית. הסייגים מתייחסים למצבים שבהם נעדרה מהמבצע היכולת להבין את המעשה או להימנע מלעשותו – אם בשל חוסר בשלות התפתחותית, בשל העדר שליטה עצמית פיזית, בשל חוסר יכולת מנטלית או בשל מצב תודעתי כתוצאה משכרות (שנגרמה שלא מדעתו או בהתנהגותו הנשלטת). סוג נוסף של סייגים מתייחס למצבים שבהם אין זה ראוי או רצוי לדרוש מהמבצע להימנע מביצוע העבירה – אם בשל האינסטינקט האנושי הטבעי ואם בשל האינטרס הציבורי הרחב יותר.

כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה 'משלו' על סמך שיקולי הגיון – הביטוי ההולם את הרעיון הנדון ניתן במאמר התלמודי: "אין עונשין מן הדין" [יבמות כב ע"ב] – אין השופט חפשי להשתמש בשיקולי ההיגיון שלו, על מנת להפוך לדבר אסור את אשר לא נאסר בפירוש על-ידי המחוקק.

מוצע לעגן את עקרון החוקיות, בנוסחו לפי סעיף 1 לחוק העונשין, בחוק היסוד המוצע. על עבירות פליליות להיקבע בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, ולא בנוהל או בהנחיה. על החוק הפלילי להיות כללי ופומבי, ועל איסורים פליליים שייקבעו להיות בהירים וברורים דיים.

### לסעיפים קטנים (ב) ו(ג)

היבט נוסף של עקרון החוקיות הוא האיסור על חקיקה פלילית רטרואקטיבית. מוצע לקבוע כי אדם לא יישא באחריות פלילית בשל מעשה או מחלל אם בשעה שביצע אותם לא היו המעשה או המחלל אסורים בחוק או לפיו, וכי לא יוטל על אדם עונש החמור מזה שהיה קבוע בחוק או לפיו, בשעת ביצוע העבירה, לעבירה שביצע.

התפיסה הנגזרת מעקרון החוקיות היא שלא ניתן לייחס לאדם עבירה שלא הייתה קיימת בעת ביצוע ההתנהגות, מאחר שהוא לא הוזר על ידי המחוקק לפני ביצועה: "זכותו [של הפרט] לתבוע מהחברה אזהרה מראש מפי החוק כדי שלא יהיה מופתע על ידי חוק חדש בשל התנהגות קודמת, כאשר על כף המאזניים מונחים שמו הטוב, רכושו, חירותו ואף חייו" (עקרונות יסוד בידיני עונשין, עמ' 6).

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

איסור על חקיקה פלילית רטרואקטיבית מקובל ברוב רובן של חוקות העולם והופיע בהצעות קודמות לחקיקת חוק יסוד זכויות במשפט. כיום עיקרון זה מעוגן בסעיף 3 לחוק העונשין, וזה נוסחו:

### 3. אין עונשין למפרע

(א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

## דברי הסבר

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור – עליו הראיה.

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

עבירות מסוגים אלה מתאפיינות במידת אשמה מופחתת, נוכח העדר המודעות, אך הן אינן מתאפיינות בהעדר מוחלט של אשמה. בעבירות רשלנות האשמה באה לידי ביטוי במודעות בכוח – קרי בכך שאדם סביר היה יכול להיות מודע בנסיבות העניין להתקיימות יסודות העבירה, וכן בנטילת סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה. בעבירות אחריות קפידה אדם נושא באחריות בלא צורך בהוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, ואולם לא ניתן להטיל אחריות על אדם אם עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה. זאת, להבדיל מעבירות אחריות מוחלטות, שכאמור בוטלו במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, ובהן גם אם אדם עשה ככל שניתן למנוע עבירה – הייתה מוטלת עליו האחריות הפלילית. יובהר כי יסוד נפשי של רשלנות או של אחריות קפידה תואם את עקרון האשמה, שכן אין מדובר בהעדר אשמה אלא באשמה מופחתת. עם זאת, מאחר שמדובר באשמה מופחתת, השימוש בעבירות צריך להיעשות בזהירות ותוך התחשבות באשמה המופחתת.

כמו כן בהתאם לעקרון האשמה החוק מגביל את חומרת העונש שניתן להטיל בעבירות רשלנות ובעבירות של אחריות קפידה, בשל העובדה שבוצעו בהעדר מחשבה פלילית. כך, אין לקבוע עבירת רשלנות כעבירה מסוג פשע ואין להטיל מאסר בלא הוכחת יסוד נפשי של רשלנות או של מחשבה פלילית.

הענישה בעבירת הניסיון, השידול והסיוע (סעיפים 32 ו-34 לחוק העונשין) משקפת אף היא את הבכורה שניתנה בחלק הכללי של חוק העונשין למושג האשמה בקביעת האחריות הפלילית (ראו מרים גור-אריה, הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), 1992, משפטים כד 9, 35–37 (1994)). לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין העונש על סיוע לעבירה היה העונש הקבוע לעבירה המושלמת, ואילו העונש על הניסיון עמד על מחצית העונש הקבוע בצד העבירה המושלמת. תיקון מס' 39 לחוק העונשין הפך את היוצרות וקבע כי בנסיבות שבהן אדם מילא אחר היסוד ההתנהגותי של העבירה והתוצאה לא התרחשה מסיבות שאינן תלויות בו – ולכן הוא יורשע בעבירת ניסיון בלבד – מידת האשמה שלו שווה למידת אשמתו של המבצע העיקרי, ולכן הוא צפוי לעונש זהה לקבוע בצד העבירה המושלמת (לכן מצטרפת ההבחנה בין ניסיון למעשה הכנה, והקביעה כי מעשה הכנה ככלל אינו עניש). באופן דומה, גם עונשו של המשדל השווה במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין לעונשו של המבצע העיקרי. זאת, מתוך התפיסה שהמשדל אדם אחר לדבר עבירה הוא בבחינת "אביו הרחוק" של מעשה העבירה, ובלא מעורבותו

הפטור מאחריות עקב חרטה, המעוגן בסעיפים 28 ו-34 לחוק העונשין, מבטא גם הוא את עקרון האשמה. על פי סעיפים אלו, אדם שניסה לעבור עבירה וכן מסייע או משדל לביצוע עבירה, אשר התחרטו על העבירה ומנעו את השלמתה או שתרמו תרומה של ממש למניעתה כאמור באותם סעיפים – לא יישאו באחריות פלילית בגין אותה עבירה.

ביטוי נוסף לעקרון האשמה מגולם בביטול, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, של האפשרות להטיל אחריות על בסיס "אחריות מוחלטת" והחלפתה באחריות הקפידה, הקבועה בסעיף 22 לחוק העונשין.

ככלל, כדי להטיל אחריות פלילית אין די בקיום היסודות העובדתיים של העבירה, אלא יש צורך גם בקיומו של יסוד נפשי. ואכן, הדרישה ליסוד נפשי, לצד היסוד העובדתי, לצורך הטלת אחריות פלילית, קבועה בסימן ב' לחלק ד' לחוק העונשין. ככלל, אדם אחראי בפלילים למעשה שהוא עשה תוך מודעות לטיב המעשה, לנסיבותיו ולאפשרות גרימת התוצאה. מודעות המבצע ליסודות העבירה מגבשת את האנטי-חברתיות שמאפיינת אותם – היא האשמה, והיא שמצדיקה את העונש בגינם. לצד עבירות מסוג של מחשבה פלילית ישנה התייחסות בחלק הכללי של חוק העונשין גם לעבירות מסוג של רשלנות ולעבירות אחריות קפידה, אשר מתאפיינות בהעדר מודעות המבצע ליסודות העבירה.

עבירות אלה קבועות בסעיפים 21 ו-22 לחוק העונשין, וזה נוסחם:

### 21. רשלנות

(א) רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –

(1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;

(2) שבעבירה שעם פרטיה נמנית תוצאה שנגרמה על ידי המעשה או סכנה העלולה להיגרם בשלו – העושה נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או לגרימת הסכנה כאמור.

(ב) רשלנות יכול שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.

### 22. אחריות קפידה והיקפה

(א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדיון שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" – לרבות בהלכה פסוקה.

## דברי הסבר

לעקרון האחריות האישית שורשים עמוקים במשפט העברי. התורה קובעת באופן החלטי: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות – איש בחטאו יומתו" (דברים כד, טז). האדם נדון על מעשיו הוא והגמול הוא אישי, שכן כל אדם נברא בצלם אלוהים (בראשית א, כז). חוקרי מקרא מציינים שהתורה דוחה את תפיסת הענישה שהייתה מקובלת בעולם המסופוטמי שלפיה הפוגע בبن משפחתו של חברו, הרי שיענש בן משפחתו שלו – כביכול מידה כנגד מידה. כך בנאי שהתרשל והבית שבנה נפל והרג את בן בעל הבית, הרי שימיתו את בנו של הבנאי (חוקי חמורבי, 230, ראו מאיר מלול, קובצי הדינים ואוספים משפטיים אחרים מן המורח הקדום (חיפה, תש"ע)); האונס בתולה, הרי שאשתו תיאנס (חוקי אשור, 55); הגורם להפלת ולד של אישה, יכו את אשתו עד שתפיל את ולדה (שם, 50). משה גרינברג אף מטעים כי פירוש "לא יומתו אבות על בנים" הוא עם (=יחד), והתורה דוחה ענישה קולקטיבית של בני המשפחה כולה בעוון של אחד מבניה (משה גרינברג, "הנחות יסוד של החוק הפלילי במקרא", תורה נדרשת (תשמ"ד) 29–37). אכן משה ואהרן פנו אל ה' בהקשר לחטאו של קורח והטעמים: "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף?" (במדבר טז, כב). אף אברהם פנה אל ה' בעניין סרום וטען: "האף תספה צדיק עם רשע?" (בראשית יח, כד).

עם זאת, אין משמעות העיקרון הוא שעל העברין לקיים את כל יסודות העבירה בעצמו. המשפט הפלילי מרחיב את גבולותיו גם לשותפים שונים לביצוע העבירה, ובהם המשדל והמסייע, וכן למצבים שבהם שותף לעבירה ביצע עבירה שונה או נוספת. ואולם מצבים אלה של אחריות נגזרת אינם מהווים חריג לעקרון האחריות האישית, ועל כן גם עולים בקנה אחד עם ההוראה המוצעת. הטלת האחריות במקרים אלה מבוססת על אשמה מצד העושה, שעשויה לבוא לידי ביטוי במעשים שאפשרו או שתרמו לביצוע העבירה, ובקיומו של יסוד נפשי ביחס לעבירה. כך בכל הקשור לצדדים לביצוע העבירה המפורטים בסימן ב' לפרק ה' לחוק העונשין, וכך אף לגבי עבירה לפי סעיף 334 לחוק העונשין, שעניינה עבירה שונה או נוספת. בע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פד"י נו"ס 529, בעמ' 541 (2002) (להלן – פרשת סילגדו) בחן בית המשפט העליון את הטענה כי סעיף 334 לחוק העונשין, אינו עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן יש לבטלו. סעיף 334 קובע כי מבצעים בצוותא יישאו באחריות לעבירה שונה או נוספת שביצע שותף לעבירה, אגב ביצוע העבירה המשותפת, אם אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשייתה, ואולם היסוד הנפשי שניתן לייחס למבצעים בצוותא ביחס לעבירה השונה או הנוספת הוא של אדישות לכל היותה, ולא יחולו עליהם עונשי חובה ביחס אליה. הדעות נחלקו בין השופטים באשר לשאלה אם הוראות חוק הקובעות עבירות פוגעות בזכויות יסוד וצריכות משום כך לעמוד בפסקת ההגבלה, ואולם השופטים היו תמימי דעים בכך שהלכה למעשה סעיף 334

ויוזמתו המבצע העיקרי לא היה מחליט לבצע את העבירה. לעומת המנסה והמשדל, ביחס למסייע נקבע שהעונש המרבי שניתן להטיל עליו יהיה מחצית העונש המרבי שבצד העבירה העיקרית. זאת, משום שמטרתה היא לסייע למבצע העיקרי בלבד.

יצוין כי עקרון האשמה הוא עיקרון חוקתי מקובל בשיטות משפט רבות ובהן המשפט הקנדי, הדרום אפריקאי והגרמני, אף על פי שלא נוסח במפורש באופן המוצע כאן, כי אם נגזר מעקרונות כלליים אחרים.

### לסעיף קטן (ב)

סעיף קטן (ב) המוצע מביא לידי ביטוי עקרון יסוד נוסף בפלילים, שהוא נגזרת חשובה ומרכזית של עקרון האשמה, והוא עקרון האחריות האישית – איש בשל עבירתו ייענש. משמעות העיקרון היא שלא ניתן להטיל על אדם אחריות פלילית אלא בשל מעשה או מחדל של אחר, גם אם קיימת זיקה ולא בשל מעשה או מחדל של אחר, למשל מכות קרבת משפחה או בין האדם לבין האחר, למשל מכות לאחריות פלילית עיסוק. עקרון זה שולל את האפשרות לאחריות פלילית קולקטיבית או לאחריות שילוחית: "אסור להדביק אות קלון כלשהו, הכרוך בביצוע עבירה, על ידי אדם אחד על זולתו, בשל זיקה זו או אחרת שלו לעברייני" (עקרונות יסוד בידי העונשין, בעמ' 101). הטלת אחריות על אדם בגין ביצוע עבירה על ידי אחר רק מכוח זיקתו של אותו אדם למבצע העבירה אינה עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה. לפיכך מוצע לקבוע כי אדם לא יישא באחריות פלילית בגין עבירה שעבר אדם אחר.

ענישה פלילית קולקטיבית נתפסת כבלתי חוקתית בשיטתנו המשפטית מקדמת דנא, כפי שנלמד מהחוק לביטול עונשין קיבוציים, התשכ"ה–1964 (ס"ח התשכ"ה, עמ' 4). עד לשנת 1964 חלה פקודת העונשין הקיבוציים (חוקי א"י, פרק כ', עמ' 139), אשר הסמיכה את מושל המחוז להטיל קנס קיבוצי על תושבי אזור מסוים אם נעברה בו עבירה או נגרם בו היוק לרכוש, והיה לו יסוד להאמין כי תושבי האזור – עברו את העבירה, או היו שותפים או סייעו למעשה העבירה, או נמנעו מהושיט עזרה כדי לגלות את העברין, או סייעו למעשה העבירה. גם פקודת עשו קנוניה להעלים עדות למעשה העבירה. פקודת הקנסות הקיבוציים (ע"ר 1936, תוס' 1, מס' 618, עמ' 223) הסמיכה את מושל המחוז לצוות לגבות, על בסיס חשדות דומים, קנס קיבוצי מתושבי עיר, שכונה, כפר, מחנה וכיוצא בזה – אם במוזמנים, בבקב, בכבשים, בעיזים, בבעלי חיים אחרים, בדגן, בתבואה, בסחורה, בכלים וכו'. דבריו ההסבר להצעת החוק לביטול פקודות אלה נאמר כי סמכויות אלה לא הופעלו מאז קום המדינה וכי רצוי להחוק את הפקודות מספר החוקים "שכן עצם האפשרות להיתנת בה להטיל סנקציות קיבוציות באורח כולל על תושבי אזור מסוים, יש בה כדי לפגוע ברגשי הצדק ובמושכלות ראשוניים של התרבות המשפטית של ימינו" (ראו ה"ח התשכ"ה, עמ' 165).



## דברי הסבר

של אדם, ולא רשויות או גורמים אחרים כגון רשויות אכיפת החוק. חוקה זו מכתיבה את היחס שעל רשויות האכיפה להעניק לאדם שטרם הורשע בדינו, בלא תלות בהסתברות אשמתו. במונח זה אין מדובר בחוקה עובדתית אשר תלויה בנתונים עובדתיים בשאלת הסתברותה של החפות ואשר מתעדת לנבא את תוצאותיו של ההליך הפלילי. חוקת החפות בפלילים נועדה במידה רבה להגביל את כוחה של המדינה – שלה מונופול על נקיטת אמצעי ענישה – לנקוט אמצעים פוגעניים כנגד תושביה ואזרחיה. המדינה רשאית לנקוט אמצעי ענישה פליליים נגד אדם רק משעה שאותו אדם נמצא אשם בידי רשות שיפוטית, ועד אותה נקודת זמן האדם מוחזק כחף מפשע (ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חוקת חפות פרויטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין הפלילים" עלי משפט ג 405, 440 (התשס"ד)). מושכלות יסוד אלה באים לידי ביטוי כבר בפסיקה מוקדמת של בית המשפט העליון: "אין ליחס לאדם מעשה פלילי כל עוד לא הוכחה ונקבעה אשמתו בהליכים שיפוטיים כדין...האישום הוא אישום, החקירה היא חקירה, והעמדה לדין העמדה לדין, וכבודם ומשקלם וחומרתם במקומם מונחים. אבל תהא אשר תהא מידת האמון שמתור ואפשר ליחס להם, ויהיו אשר יהיו המסקנות שמתור ואפשר להסיק מהם – דבר אחד אין בהם, ואינו יכול מטבע ברייתם לעולם להיות בהם, והוא הוכחה או קביעה של עשיית מעשה פלילי מידי מאן-דהוא... זכות היסוד שבחוקת-זכאי ניתנת לאדם לא רק כדי שלא ייענש כל עוד לא נשפט, אלא גם כדי שכבודו, שמו הטוב ויתר זכויותיו, האישיות והחומריות, לא ייפגעו בשל מעשהו הפלילי, במאומה, כל עוד לא נשפט" (בג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, טז 1846, 1851 (1962)).

חוקת החפות באה לידי ביטוי במשפט הישראלי בסעיף 334כב לחוק העונשין, אשר נחקק במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין ואשר מעגן יחד איתו גם את רף ההוכחה בפלילים, ויש הרואים בשני העקרונות האלה שני צדדים של אותו מטבע. וזה נוסחו של סעיף 334כב האמור:

"334כב. נפקותו של ספק

(א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.  
(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג."

כמו כן העיקרון מגולם בסעיפים שונים בחוק סדר הדין הפלילי אשר קובעים את אופן ניהול ההליך הפלילי מהגשת כתב האישום ועד להכרעת הדין. כך למשל, ביטוי של חוקת החפות מצוי בכלל הקבוע בחוק סדר הדין הפלילי שלפיו תחילה על התביעה להביא את ראיותיה, ואם בסיום פרשת התביעה לא הוכחה האשמה ולו לכאורה – בית המשפט יוכה את הנאשם (ראו סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי).

מבטא נכונה את מידת האשמה שבמעשהו של המבצע בצוותא ולכן עומד בתנאי פסקת ההגבלה. הנשיא ברק אף ציין כי המחוקק בתיקון מס' 39 לחוק העונשין היה רגיש למגבלות החוקתיות המוטלות עליו, והדבר מתבטא בין השאר בהיקף האחריות בגין רשלנות ובקביעת האחריות הקפידה כתחליף לאחריות המוחלטת (פרשת סילגרו, בעמ' 541). מכאן שהוראות החלק הכללי של חוק העונשין, שנחקקו במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, גובשו בשים לב לחוקי היסוד ובהתאמה לפסקת ההגבלה.

בעקבות תיקון מס' 39 לחוק העונשין בוטלה האחריות השילונית, והוחלפה במקרים מסוימים בחובת פיקוח של נושא משרה בתאגיד (ראו למשל סעיף 15 לחוק שמירת ניקיון, התשמ"ד-1984). שהפרתה מגבשת עבירה שעונש של קנס בצידה. החלפה זו עולה בקנה אחד עם עקרון האחריות האישית, שכן בניגוד למצב שקדם לחקיקת סעיף חובת הפיקוח, שלפיו האחריות שהוטלה על מעביד או נושא משרה בתאגיד הייתה לעבירה שביצע העובד, התאגיד או עובד של התאגיד חובת הפיקוח מטילה חובה פרויטיבית על נושא המשרה עצמו לפקח ולמנוע ביצוע עבירות מסוימות בתאגיד. ככל שלא עמד בחובתו זו – מוטלת עליו אחריות על העבירה של הפרת חובת הפיקוח, ולא על העבירה שאותה לא מנע.

עקרון האחריות האישית אף הוא עיקרון המקובל בחוקות מודרניות בעולם, בין השאר באיטליה ובשווייץ.

סעיף 6 בסעיף זה מוצע לעגן עקרון יסוד של המשפט הפלילי והוא חוקת החפות בפלילים. עיקרון זה מקובל בכל המדינות הדמוקרטיות וברוב מדינות העולם, ואף נכלל בהצעות קודמות לחקיקת חוק יסוד זכויות במשפט. חוקת החפות בפלילים מבטאת את הקביעה הנורמטיבית שלפיה אדם הוא חף מפשע עד קביעת אשמתו בידי רשות שיפוטית, וכי הנטל על המדינה להוכיח את אשמתו. "רשות שיפוטית" משמעה בית משפט כאמור בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, או בית דין צבאי כאמור בחוק השיפוט הצבאי, התשס"ו-1955, שבו מתנהלים הליכים פליליים.

עיקרון זה מקורו, בין השאר, בפערי הכוחות בין המדינה ובין האדם שמתנהל נגדו הליך פלילי והוא נועד לאזן חוסר שוויון זה (ראו דן ביין "ההגנה החוקתית על חוקת החפות" עיוני משפט כב 11, 12 (1999)). החוקה נועדה להבטיח את החשוד או הנאשם מפני הרשעה שגויה, באמצעות הטלת חובה מוסרית ומשפטית לנהוג בו כחף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו, ולנטרל את מצג האשמה שנוצר לפני בית המשפט הדין בעניינו עקב חקירתו. מעצרו או הגשת כתב אישום נגדו (ראו ניב ואק, דיני ראיות כרך ד 1992 (2020)). חוקת החפות בפלילים נובעת מעקרון הפרדת הרשויות, ומעגנת את הקביעה הנורמטיבית שהרשות השיפוטית היא הגוף היחיד שמוסמך לקבוע את אשמתו

## דברי הסבר

האוכף, והוא נמוך בהרבה מקנסות שניתן להטיל במסגרת הליך פלילי. כמו כן, חוק העבירות המינהליות מותיר בידי הנקנס את ההחלטה אם לשלם את הקנס, לבקש את ביטולו או להודיע על רצונו להישפט. מקום שבו הנקנס הודיע על רצונו להישפט, יוגש נגדו כתב אישום שיידון בהליך פלילי רגיל. כך גם שמורה הזכות בידי תובע להגיש כתב אישום כשהנסיבות מצדיקות זאת ומטעמים שיישרמו. ההנחיה לגורמי האכיפה היא כי ניתן להטיל קנס מינהלי רק מקום שבו היו לפני הגורם האוכף כלל העובדות והראיות הנדרשות לביסוס כתב אישום בעבירה (ראו סעיף 5.1 להנחיות עבירות מינהליות). הסדר דומה קיים לגבי עבירות קנס מכוח סעיפים 221 עד 230 לחוק סדר הדין הפלילי. העולה מהאמור הוא כי המחוקק הישראלי יציב את מנגנון העבירות המינהליות ועבירות הקנס באופן שיאפשר אכיפה יעילה של עבירות אסדרה וימנע משני הצדדים את הצורך בקיום הליך פלילי כשאין בו צורך, אך יחד עם זאת באופן שמתחשב בחוקת החפות ועולה בקנה אחד עימה.

**סעיף 7** מוצע לעגן בחוק היסוד המוצע את עקרון מניעת הסיכון הכפול, ולפיו אין להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבגיננו הורשע או זוכה בעבר בהליך פלילי. הסעיף המוצע מעגן את זכותו של נאשם שלא יועמד לדין פלילי על ידי הרשויות יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה או מחדל. כמו זכויות יסוד אחרות המעוגנות בחוק היסוד המוצע, גם זכות זו נועדה להגן על הפרט מפני הרשויות בהיתן פערי הכוחות בין השניים. עקרון מניעת הסיכון הכפול נועד להגביל את כוחה של הרשות מפני השימוש בסמכותה להעמיד אדם לדין פלילי יותר מפעם אחת, וזאת בשים לב לכוח הרב שנתון לרשות לצורך אכיפת עבירות פליליות – הכוח להפעיל סמכויות חקירה, לאסוף ראיות, להחליט מתי ובגין מה להעמיד לדין נאשם. נאשם בהליך פלילי נדרש להתמודד עם האישום נגדו ולנהל את משפטו, שלעיתים אורך זמן רב, דבר שגובה ממנו מחיר אישי גבוה, גם אם הכרחי. עקרון מניעת הסיכון הכפול נועד לאזן את כוחה הרב של הרשות בכך שניתנת לה הזדמנות אחת לפעול בהליך פלילי כלפי הנאשם ביחס למעשה או מחדל מסוימים. הרשות אינה רשאית לבצע "מקצה שיפורים", ולדון את הנאשם שנית לאחר זיכוי או הרשעה, וזאת גם אם התגלו בדיעבד ראיות נוספות. הכלל מעגן את העיקרון החשוב של סופיות הדין.

עקרון מניעת הסיכון הכפול מעוגן כיום בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי, שלפיו "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו". עיקרון זה עוגן לפני שנת 1965 בסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי המנדטורית שלפיו אין לייחס אחריות פלילית לנאשם על מעשה שהורשע או זוכה ממנו. אף כי נוסח הסעיף תוקן מסעיף המתייחס לאחריות פלילית לסעיף המהווה חסם דיוני, הכלל נותר כלל תשתיתי, שאף נתפס כנגזרת של הזכות של הנאשם להליך הוגן (ראו פרשת יששכרוב, פסקה 66 לפסק דינה של השופטת ביניש).

הפסיקה הישראלית התייחסה לחוקת החפות כנדרך מרכזי בשיטת המשפט ובגדר מושכלות יסוד של המשפט הפלילי הישראלי עוד קודם לחקיקתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין. בין השאר, הפסיקה קשרה בין נטל ההוכחה המוטל על התביעה ובין חוקת החפות: "חוקת החפות מהווה יסוד מיסודות שיטת המשפט הפלילי בישראל מאז ומתמיד. אף בטרם ניתן לחוקת החפות ביטוי מפורש בחוק העונשין היא נקבעה כעקרון יסוד בפסיקתנו [...] בבואנו לפרש הוראת חוק כחורגת מהכלל על פיו נטל ההוכחה מוטל תמיד על התביעה, שומה עלינו לנהוג משנה זהירות, שכן כלל זה על פי שיטתנו, נגזר ישירות מחוקת החפות. כך נהגנו עוד בטרם חוקק תיקון 39 ואף בטרם נחקק חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ויש לנהוג כך אף עתה ובמשנה תוקף, שכן חוקת החפות חולשת על שאלת האחריות הפלילית בשלמותה (להבדיל מאלמנטים 'חיצוניים' לשאלת האחריות הפלילית)" (ע"פ 4675/97 ישראל רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 337, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ביניש (1999)).

חוקת החפות מהווה עקרון יסוד גם במשפט העברי. עקרון יסוד הוא במשפט העברי שאדם חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו בהליך משפטי הוגן, כפי שנאמר במקרא: "וְלֹא יָמוּת הָרָצָח עַד עֲמִדוֹ לִפְנֵי הָעֵדָה לְמִשְׁפָּט" (במדבר ל"ה, יב), "עַל פִּי שְׁנַיִם עֵדִים אֹדְוֶה אִישׁ עַל עֲוֹנוֹ יוֹמֵת הַמֵּת לֹא יוֹמֵת עַל פִּי עֵד אֶחָד" (דברים יז, 1). ועוד נאמר: "מִדְּבַר שֶׁקֶר תִּרְחֹק וְנָקִי וְצַדִּיק אֵל תִּהְרַג כִּי לֹא אֶצְדִּיק רָשָׁע" (שמות כג, ז).

יש חשיבות בעיגון מפורש של עיקרון זה בחוק יסוד המאגד את הזכויות בהליך הפלילי, בהיותו מהעקרונות הבסיסיים ביותר בתחום זה, וכביטוי להליך הוגן.

יצוין כי במשפט הישראלי ישנם מנגנונים לאכיפת עבירות מסוימות בדרך מינהלית, באופן שמיתר על פי רוב את הצורך בקיום הליך פלילי כנגד מבצע העבירה, ואולם מנגנונים אלה עוצבו באופן שאינו פוגע או מכרסם בחוקת החפות. חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן – חוק העבירות המינהליות), מסדיר את האכיפה של עבירות מינהליות ובהתאם להוראות הקבועות בו ניתן להסמיך גורם אכיפה להטיל קנס מינהלי קצוב על מבצע העבירה. עם זאת, מנגנון העבירות המינהליות מוחל רק על עבירות פליליות שמתאימות לכך – עבירות בעלות יסוד עובדתי ברור ופשוט, שהפרתן ניכרת לגורם האוכף במעמד האכיפה, שאינן מותנות בקיומו של יסוד נפשי מיוחד, ושאין מתאפיינות בחומרה או באנטי חברתיות – עבירות מהסוג מכוח איסור (malum prohibita). הנקבעות על פי רוב במסגרת חקיקה מאסדרת (רגולטורית) שאינה מצדיקה תיוג פלילי (ראו סעיף 2.2.4 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3041 נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן – הנחיות עבירות מינהליות)). כמו כן הקנס שניתן להטיל בגין עבירה מינהלית הוא קנס קצוב מראש בחוק, שאינו מותנה בשיקול דעתו של הגורם

## דברי הסבר

משמעותו כי כאשר אדם מואשם בגרימת חבלה, ולאחר שהורשע קורבן העבירה נפטר כתוצאה ממעשיו – ניתן להעמידו לדין שוב בעבירת גרימת המוות – עומד בתנאי פסקת ההגבלה ואין בעיגון העיקרון החוקתי של מניעת הסיכון הכפול בהצעת חוק היסוד כדי לגרוע מתוקפו, גם אלמלא קיומה של הוראה בדבר שמירת דינים (עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג, 155). הסייג האמור מבטא את ההגנה היתרה על הערך החשוב והמרכזי של חיי אדם, ערך שפגיעה בו באה לידי ביטוי בהעמדה לדין בעבירות ההמתה, שהן עבירות תוצאה, גם אם התוצאה הקטלנית התרחשה רק אחרי ההרשעה.

האיסור להעמדה בסיכון כפול מעוגן בחוקות רבות אחרות בעולם, בין השאר בתיקון החמישי לחוקה האמריקאית: "Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb"; בסעיף 11 למגילת הזכויות הקנדית: "Any person charged with an offence has the right: [...] h. if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again"; וכן בחוקות של דרום אפריקה, הודו, יפן, ניו-זילנד, מקסיקו ועוד.

**סעיף 8** מטרת סעיף זה לעגן את הזכות להימנע מהפללה עצמית, אשר זוכה כבר עתה להכרה בחקיקה הישראלית ובעיקר בפקודת הראיות, בפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), בחוק סדר הדין הפלילי, בספרות ובפסיקה הישראלית וברוח הדין הבינלאומי, ולקבוע אותה כזכות חוקתית. כל זאת תוך הבחנה בין הזכות לאי-הפללה עצמית והיקפה העומדת לאדם במהלך חקירה, לבין הזכות של נאשם בשלב ניהול המשפט. ויובהר כי זכותו של עד להימנע מהפללה עצמית אומנם מוכרת בחקיקה, אך חוק היסוד המוצע אינו עוסק בה.

הספרות המשפטית הענפה שעסקה בזכות להימנע מהפללה עצמית קבעה כי לזכות זו רציונלים רבים ושונים. אחד הרציונלים המרכזיים נוגע לרצון שלא להעמיד חשוד ונאשם בפני הטרילמה המוסרית שבמסגרתה יאלצו לבחור בין הודאת אמת מפלילה, סירוב להעיד וסכנה של ביוזין בית המשפט או מתן עדות שקר; רציונל נוסף נובע מכך שהטלת חובה על אדם לחשוף את אשמתו היא פגיעה בפרטיותו ובאוטונומיה האישית הנגזרות מהזכות לכבוד (ראו יצחק עמית חסינונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 882–883 (2021)).

הפסיקה הישראלית בנוגע לזכות להימנע מהפללה עצמית בעלת שורשים עמוקים. כבר בדין העברי מצוי העיקרון "אין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין ט', ב'). כלומר, הפללה עצמית אינה קבילה כראיה כלל (ראו לעניין זה ע"פ 1094/07 דרון נ' מדינת ישראל (נבו) 03.07.2008) וכן אהרן קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי, ההודאה

בפסיקה הוכר עקרון מניעת הסיכון הכפול כ"כלל מקדמת דנא" שבא לידי ביטוי באמרה הלטינית: *Nemo Debet Bis Vexari Pro Una Et Eadem Causa*, ומטרתו של אותו כלל ברורה: הגנת נאשם בפני ניסיונותיהם של השלטונות להביאו לדין פלילי יותר מפעם אחת באותו העניין (ראו ע"פ 244/73 אורי רבר נ' מדינת ישראל, פד"י כח(1) 798). בית המשפט הדגיש כי הרעיון העומד מאחורי האיסור הוא מניעת חשיפת הנאשם לקשיים הפיזיים והנפשיים הנגרמים מניסיונות חוזרים ונשנים להרשיעו בעבירה (ראו ע"פ 2910/94 ארנסט יפת נ' מדינת ישראל, פד"י נג(2), 353, בעמ' 374).

בספרות ישנה התייחסות לרציונלים לכלל האוסר על הסיכון הכפול: "טעמים רבים ניתנו לאיסור זה, אולם מסתבר שמגמתו העיקרית, אם לא הבלעדית, היא להעמיד סייג וגדר בפני המדינה ורשויותיה מפני שימוש בלתי ראוי בסמכותם להעמיד עבריינים לדין. להעמדה לדין של אדם יש השפעה קשה על הנאשם עצמו – מבחינה נפשית, חברתית וכלכלית – ולעיתים קרובות גם על קרוביו. הסבל שבמעצר ובחקירות הקודמות למשפט, הצער הכרוך במאמץ ההתגוננות במהלך המשפט, ההוצאות הכרוכות בניהול משפט הזמן המוקדש לכך, אי-ההנעימות החברתית והחשש המכרסם במשך שבועות וחודשים מפני תוצאות המשפט – בין שהנאשם חף מפשע ובין שהוא אשם – נוקם אינו מועט. בסופו של דבר הריהם סבל המוטל על הנאשם – אף אם אשם הוא – מעבר לעונש שהחוק קבע כסבל שהוא ראוי לו. אין, כמובן, מנוס מסבל נוסף זה אם הרשות מקיימת את חובתה להעמיד את העבריין לדין. הוא כרוך בהכרח במילוי חובה זו. אולם מהדין והצדק הוא למנוע אותו מקום שאפשר למנוע. מכאן האיסור על כפל האישום: יש לתת לשלטון הזדמנות נאותה למלא את תפקידו בהעמדת עבריינים לדין, אולם אין להציק לאזרח על ידי מתן יותר מהזדמנות נאותה אחת לכך ואין להעמידו לדין באופן חוזר ונשנה מבלי שיהיה צורך בכך. אם הועמד לדין שוב אין לדוננו באותו ענין שנית." (משה שלגי, "איסור כפלי-האישום", מחקרי משפט ג, 223 בעמ' 224). עוד הודגשה בספרות זכותו של הנאשם לביטחון משפטי ולתקנת השבים המגולמים בסיכון הכפול. "איסור כפל האישום מגן על נאשם שעמד בדין מפני תביעות נוספות ומבטיח את זכותו לביטחון משפטי ולפתיחת דף חדש בחייו. שיקולים של הגינות כלפי הנאשם, יעילות וחיסכון בזמן ובהוצאות לנאשם ולציבור הביאו במדינות רבות להיקף רחב של ההגנה מפני כפל האישום." (רות קנאי, "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" מחקרי משפט ג, 247 בעמ' 249).

לעקרון מניעת הסיכון הכפול ישנו חריג המעוגן בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי: "אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דינים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה"; "הרשעה", לעניין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה". סייג זה, אשר

## דברי הסבר

למסור גרסה שלא לפני איש מרות (ראו ע"פ 846/10 בדו"ד נ' מדינת ישראל, פס"ד 49 (14.7.2014). והאסמכתאות שם).

כיום, זכותו של אדם להימנע מהפללה עצמית במהלך חקירה מעוגנת כאמור בסעיף 47 לפקודת הראיות ונוסף על כך בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), הקובע כי במהלך חקירה פלילית במשטרה "אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות [...] חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית". הזכות להימנע מהפללה עצמית ביחס לעצור מעוגנת גם בנוסח האזהרה שניתנת לעצור טרם החלטת הקצין הממונה בעניין מעצרו (ראו סעיף 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן – חוק המעצרים)).

זכותו של כל חשוד לשתוק בחקירתו פותחה בפסיקה כזכות הנובעת מהחיסיון מפני הפללה עצמית. כשמדובר בחשוד בביצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתוקה מוחלטת. זכות השתיקה היא למעשה הביטוי המובהק ביותר לחיסיון מפני הפללה עצמית ומכאן גם חובת החוקר להבהיר לחשוד טרם שימסור גרסתו, כי אין הוא חייב לומר דבר (ראו ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל פ"ד (3) 529, 544 (2002); רע"א 5381/91 חוגלה שיווק בע"מ נ' אריאל פ"ד (3) 378, 381 (1992) והאסמכתאות המובאות שם). עם זאת, לשימוש בזכות השתיקה יש השלכות לעניין הערכת מהימנות עדותו של החשוד שהיא תוצאת לוואי טבעית של השימוש בה (ראו ע"פ 5730/96 ראובן גרציאני נ' מדינת ישראל (1998)). לצד זאת נפסק כי בכל הנוגע למסירת מסמכים, לא עומדת לחשוד זכות שתיקה, קרי זכות לא להשיב ולא למסור דבר כאשר הוא נדרש בצו למסור מסמכים, כי אם חיסיון מפני הפללה עצמית הניתן להסרה. זאת מכיוון שמדובר בראיות אובייקטיביות, ולא בראיות בעלות אופי של עדות, ולכן החשש למסירת הודאה כוזבת ולנקיטת אמצעים פסולים אינו רלוונטי, ואין בציווי למסור את המסמכים משום הטלת חובת עשה על האדם, משום שהנחקר אינו נדרש ליצור אותם באופן אקטיבי (ראו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 בעמ' 759). יצוין, כי במסגרת הצעת חוק ממשלתית הוצע לעגן את ההלכה שלפיה לחשוד עומדת זכות שתיקה מלאה וכן לקבוע את השלכות השימוש בזכות השתיקה על הערכת מהימנות עדותו בבית המשפט בהתאם לפסיקה (ראו סעיף 3ה(ג) המובא בסעיף 6 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018 (ה"ח התשע"ח, 1058, 1066).

### לסעיף קטן (ב)

מוצע לעגן בחוק היסוד המוצע את זכותו של נאשם שלא יכפו עליו להעיד לפני רשות שיפוטית בהליך הפלילי בעניינו. בדיון הקיים, באה לידי ביטוי הזכות של נאשם להימנע מהפללה עצמית באפשרות הנתונה לנאשם שלא להשיב לאישום ולא להעיד במשפטו (סעיפים

בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית 89-91 (2005)). מקור נוסף שעליו נסמכה הפסיקה הישראלית בביסוס הזכות להימנע מהפללה עצמית הוא המשפט האנגלי, באמצעות סעיף 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 (ראו למשל ע"פ 242/63 קרית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 483, 497 (1964)). בשלב מאוחר יותר, התבססה הפסיקה על החקיקה הישראלית המוזכרת כמקור לזכות להימנע מהפללה עצמית, תוך תפיסה כי זו נובעת מהזכות להליך הוגן אשר קשורה בקשר הדוק לזכות החוקתית לכבוד (ראו לעניין זה פרשת יששכרו, 560; בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, 154 (2006); יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 873 (2021); ברק, כבוד האדם, בעמ' 865 (2014)).

הזכות להימנע מהפללה עצמית, מעוגנת במשפט הישראלי בסעיף 47 לפקודת הראיות. בסעיף 47(א), קבועה זכותו של אדם – חשוד, נאשם או עד – להימנע מהפללה עצמית: "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה שבעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה". עם זאת, הזכות מסויגת בסעיף 47(ב) לפקודת הראיות, הקובע כי לבית המשפט יש סמכות להסיר את החיסיון של עד בנסיבות מסוימות, תוך הענקת "חיסיון שימוש" שלפיו לא ייעשה שימוש בראיה נגד אותו אדם בהליכים פליליים עתידיים. בכך, איזן המחוקק בין אינטרס חקר האמת לבין זכותו של העד להימנע מהפללה עצמית (בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית המשפט בתל אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, 764 (1997)). סעיף 47(ג) לפקודת הראיות מבהיר כי החיסיון לא יחול על נאשם שבחר להעיד כעד הגנה במשפט המתנהל נגדו.

### לסעיף קטן (א)

בסעיף קטן זה מוצע לעגן את זכותו של אדם שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה. שלב החקירה הוא שלב קריטי בגיבוש תשתית ראיתית נגד אדם, ומכאן החשיבות הרבה בהתוויית גבולות הזכויות העומדות לחשוד, ובמיוחד הזכות להימנע מהפללה עצמית. הזכות להימנע מהפללה עצמית נועדה, בעיקרה, למנוע מהרשויות לכפות על אדם, באמצעות הטלת חובה פוזיטיבית בדיון, להשיב לשאלות שהתשובות להן עשויות להפיל. כל אדם נדרש לשתף פעולה עם חקירה, שתכליתה הגעה לחקר האמת, באמצעות מסירת כל הפרטים הידועים לו. ואולם חשוד, בשלב גביית ההודעה בחקירה, וכאי לשתוק ולא להשיב לשאלות. זכות זו עומדת לו כאשר הודעתו נגבית על ידי איש מרות במסגרת חקירה פרונוציאלית, עימות ושחזור בזירה של ביצוע המעשים. עם זאת, כפי שנקבע בפסיקה, החיסיון מפני הפללה עצמית לא חל מקום שבו הנחקר היה יכול לבחור שלא להפר את שתיקתו ולא למסור את גרסתו, למשל כאשר הוא בוחר

## דברי הסבר

מטרת זכות ההיוועצות היא להבטיח שאדם הנחשד בביצוע עבירה פלילית, ומובא למעצר וחקירה על ידי הרשות החוקרת, יזכה לחקירה הוגנת, ובכלל זה יבין במה הוא חשוד, מהן זכויותיו במסגרת ההליך הפלילי, ובייחוד יהיה מודע לזכות השתיקה בחקירה ולמשמעותה. זכות ההיוועצות נועדה לאפשר ייעוץ גם לגבי תוכן החקירה ומכאן החשיבות כי השיחה בין העצור לעורך דינו תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיותה (ראו סעיף 34(ג) לחוק המעצרים). זכות ההיוועצות היא אפוא נדבך חשוב במארג הזכויות שנועדו להבטיח את ההוגנות של הליך החקירה ושל ההליך הפלילי שיבוא בעקבותיו.

זכות ההיוועצות בעורך דין מעוגנת כיום בסעיפים 34 ו-35 לחוק המעצרים, אך זאת ביחס לעצורים בלבד והיא שואבת את הצדקתה מהזכות שלא תישלל חירות בלא הליך הוגן. כך, סעיף 34(ב) לחוק המעצרים קובע כי אם ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או אם עורך דינו ביקש זאת, יאפשר זאת האחראי על החקירה בלא דיחוי. הוראה זו, לצד הוראת סעיף 32(1) לחוק המעצרים הקובעת את החובה ליידע את העצור על זכותו להיפגש עם עורך דין, משקפת את התפיסה שלפיה כדי שזכות ההיוועצות תהיה אפקטיבית יש לאפשר לעצור לממש טרם גביית הודעתו כחשוד. על כן נפסק כי בנסיבות שבהן הסגור מודיע על כוונתו להגיע למיתקן החקירות במועד סמוך סביב, הרי שככלל יש להמתין לבואו כדי לאפשר לנחקר לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין בטרם יימשכו הליכי החקירה (ראו ע"פ 9956/05 פרשת אסף ש' נ' מ"י (2009.11.4), בפסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (כתוארה אז), (להלן – פרשת אסף ש')). עם זאת, זכות ההיוועצות ככל זכות אינה מוחלטת ויש לה סייגים שבהתקיימותם ניתן לדחות, בתנאים מסוימים, לזמן קצוב את מימוש זכות ההיוועצות (ראו סעיפים 34–35 לחוק המעצרים וכן סעיפים 45 ו-45א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971). זאת, בין השאר כדי למנוע שיבוש פעולות חקירה ולפגוע ברצף הנדרש לצורך ניהולה התקין לשם חשיפת האמת והגנה על שלום הציבור (ראו פרשת אסף ש', בפסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (כתוארה אז)). מדובר בנסיבות שהמחוקק סבר כי הן מצדיקות דחייה של זכות ההיוועצות וכי הפגיעה בעצור בשל דחייה זו היא פגיעה מידתית.

זכות ההיוועצות של עצור הוכרה בפסיקה כזכות יסוד מרכזית (ראו פרשת יששכרוב; ע"פ 1301/06 עובון המנוח יוני אלום ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177, עמ' 237; ע"פ 1094/07 דרון נ' מדינת ישראל (3.7.2008); ע"פ 5203/98 חסון נ' מ"י, פד"י נ"ו 3, 274, סעיף 7 לדברי השופטת (כתוארה אז) נאור). הפסיקה הוסיפה והכירה בקיומה של זכות ההיוועצות אף לחשוד שאינו עצור ונמצא ברשות המשטרה לצורך חקירתו (ראו פרשת אסף ש', בפסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (כתוארה אז); פרשת יששכרוב, בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה אז); וכן ע"פ 8974/07 הונצ'יאן לין נ' מ"י (3.11.2010), בפסקה כ"ה לפסק

152(א) ו-161(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי)). להבדיל משלב החקירה, בשלב המשפט, כאשר אדם הוא נאשם והעבירות המיוחסות לו מתוארות בכתב האישום שהוגש נגדו, ברי כי עדותו נועדה להפריך את טענות המאשימה, ולפיכך עומדת זכותו בשלב זה שלא להעיד. ברם, ככל שבחר הנאשם להעיד, אזי לא עומדת לו עוד הזכות שלא להשיב על שאלות מסוימות אשר תשובה להן עלולה להפיל, אלא עליו להשיב לכל אשר הוא נשאל. נוסף על כך יהיו לשימוש בזכות שלא להשיב לאישום או שלא להעיד, השלכות ראייתיות – הימנעות הנאשם מלהשיב לאישום או להעיד עשויה לשמש חיוק או סיוע לראיות התיבעה (סעיפים 152(ב) ו-162 לחוק סדר הדין הפלילי).

מוצע לקבוע את זכות הנאשם שלא יכפו עליו להעיד במשפט, עדות שמעמידה אותו בסכנה של הפללה עצמית, כזכות חוקתית. נוסח דומה מצוי ברבות מחוקות העולם, כך למשל סעיף 11(c) למגילת הזכויות הקנדית קובע: "Any person charged with an offence has the right [...] not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence".

גם בחוקות נוספות בעולם הוכרה הזכות להימנע מהפללה עצמית. כך הוכרה הזכות באופנים שונים במסגרת התיקון החמישי לחוקה האמריקנית: "nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself", ובסעיף 35 לחוקה הדרום אפריקאית. כמו כן נקבעה הזכות להימנע מהפללה עצמית כאחת מהנגזרות של משפט הוגן ושוויון לפני החוק לפי סעיף 14(3)(ז) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 169 (נפתחה לחתימה ב-1966), וכן פורשה בפסיקת בית הדין האירופי כנגזרת ממהות ההליך ההוגן (Murray v. United Kingdom [GC], no 18731/91, 8 February 1996, § 45).

### סעיף 9 לסעיף קטן (א)

מוצע לעגן את זכותו של אדם להיוועץ בעורך דין בנוגע לחקירה פלילית שבה הוא נחקר כחשוד. חקירה על ידי אנשי מרות מהווה אירוע מורכב הכרוך ככלל בלחץ רב בעבור חשוד, כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקרי ומנותק מסביבתו הטבעית. ההיוועצות בעורך דין, שהוא איש אמונו של החשוד ובעל מקצוע הבקי בהליכים, היא כלי חיוני שקשה להפריז בחשיבותו בעבור החשוד. יש לזכור כי דברים שיאמר החשוד בחקירה, בעיקר בשלב הראשון, יכולים להיות הרי גורל בעבורו בהמשך ההליכים. מכאן חשיבותה של זכות ההיוועצות בעורך דין בחקירה פלילית בשמירה על זכויותיהם של הנחקרים, בהבטחת היגנותם של הליכי החקירה ובמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין החשוד לאנשי המרות החוקרים אותו ולבקר על הליך החקירה (ראו ע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל עמ' 73–74 (פורסם בנבו 2.8.18), (להלן – פרשת חייבטוב)).

## דברי הסבר

עורכי הדין, פ"ד (4) 221, פס" 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996) (להלן – פרשת פריד גאנם); פרשת האגודה לזכויות האזרח, פס" 2 לפסק דינה של השופטת חיות (2004); ע"ע 300321/97 סלומון יפרח נ' המועצה המקומית נתיבות, עבודה ארצי, כרך לג (18), 31; ע"ע 1070/00 אנדרי בנודיו נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, עבודה ארצי, כרך לג (11), 35.

שיטת המשפט הנהוגה בישראל היא אדוורסרית ומבוססת על מסורת המשפט המקובל, שבה יש לעורך הדין תפקיד חשוב במערכת עשיית הצדק והוא ממלא תפקידים שבית המשפט אינו יכול להכרח למלאם. מכאן שחשיבותה של הזכות לייצוג היא גם בשמירה על שוויון בין בעלי הדין.

בישראל, עוד לפני חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עמד בית-המשפט פעמים רבות על חשיבותה של הזכות המוקנית לאדם להיות מיוצג בידי עורך דין על-פי בחירתו בהליך הפלילי, ולשם כך להיוועץ עמו בתנאי חיסיון, כנגזרת של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, הקובע כי "אדם שייפה כוחו של עורך דין זכאי להיות מיוצג על ידי פבני כל רשויות המדינה", וכנגזרת של סעיפים 13 עד 20 לחוק סדר הדין הפלילי שעניינם הסדרת ייצוגו של נאשם בהליך הפלילי. כדברי כבוד השופט חיים כהן ז"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 שיוודע רזי התורה ומדבר לשון הסתר. הוראות חוק בדבר מינוי סניגורים על ידי בית המשפט, ופעילות הלשכות למתן סעד משפטי, הרי הן רק בחינת ראשית אתחלתא דגאולה" (חיים כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו (תשל" 42, 49) (ראו ע"פ 134/89 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) (28.8.90), 12.9.90 (203).

לאחר שנחקק חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיבלה הזכות לייצוג חשוד או נאשם בהליכים פליליים חשיבות עליונה כזכות השומרת על האינטרס הצבארי להליך הוגן, על זכויות האדם במשפט הפלילי, וכזכות שמאפשרת הקפדה על קיום הזכויות הדיוניות. לעניין זה יפים דבריו של השופט ריבלין בפרשת האגודה לזכויות האזרח, בפסקה 2 לפסק דינו: "הזכות לייצוג דרושה לו לאדם על-מנת להבטיח את מכלול זכויותיו האחרות. היא נחוצה על-מנת לשמור על זכות השתיקה (ראו ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, בעמ' 546). היא דרושה כדי ליתן תוקף לזכות לחירות, לכבוד ולקניין, שהרי ההליך המשפטי, ובוודאי השהייה במעצר או במאסר, כל אלה חושפים את זכויות האדם לפגיעה. הייצוג המשפטי דרוש על-מנת להבטיח כי הפגיעה בזכויות אלה, אם תיעשה, לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין". (וראו גם פרשת חייבטוב בעמ' 73-74).

דינו של השופט רובינשטיין. זכותו של חשוד שאינו עצור להיוועץ בעורך דין טרם עוגנה בחקיקה (וראו סעיף 13 המובא בסעיף 6 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018, ה"ח התשע"ח, 1058, 1067). הסעיף המוצע נועד להרחיב את זכות היוועצות גם לחשודים שאינם עצורים, וזאת לאור תכליתיה האמורות, וכפי שנקבע גם בפסיקה.

זכות ההיוועצות בעורך דין הוכרה בארצות הברית בבית המשפט הפדרלי העליון כזכות חוקתית, הנגזרת מזכות הייצוג לפי התיקון השישי לחוקה, וכן מהחיסיון מפני הפללה עצמית ומהזכות להליך הוגן המוגנים במסגרת התיקון החמישי לחוקה (ראו Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)). בקנדה ובניו זילנד ניתן לזכותו של עצור או מעוכב להיוועץ בעורך דין מעמד חוקתי מפורש. בקנדה מעוגנת זכות ההיוועצות בסעיף 10 לצ'רטר בדבר זכויות וחירויות. סעיף זה מעניק לכל אדם החל מרגע מעצרו או עיכובו זכות לשכור עורך דין ולהיוועץ בו דין בלא עיכוב ולהיות מיועד על זכות זו. בניו זילנד מעוגנת הזכות בסעיף 23 למגילת הזכויות, וזו קובעת, בדומה לקנדה, כי לכל עצור או מעוכב הזכות להיוועץ בעורך דין בלא דיחוי.

### לסעיף קטן (ב)

מוצע לעגן את הזכות לייצוג משפטי ולקבוע כי כל אדם שהוא חשוד, עצור או נאשם, וכן נידון – שהוא אדם שהורשע ונגזר דינו ומתקיימים הליכים פליליים שהוא צד להם, למשל במסגרת ערעור או משפט חוזר – זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין בכל הליך פלילי המתנהל נגדו לפני רשות שיפוטית.

הזכות לייצוג משפטי לפני רשות שלטונית הוכרה בפסיקה כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי, המעוגנת ב"ביקרי המשפט והצדק הכלליים" (ראו בג"ץ 1843/93 רפאל פנחסי, סגן שר וחבר-כנסת נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1), 661 בעמ' 717 (1995); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2), 746, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות (2004) (להלן – פרשת האגודה לזכויות האזרח)). בכמה פסקי דין נקבע כי לצד חשיבותה של הזכות לייצוג כמכשיר לשמירה על זכויות חוקתיות מהותיות (כגון הזכות לחירות, הזכות לחופש עיסוק וכדו'), להיבטים שונים של הזכות לייצוג גם ביסוס חוקתי עצמאי בזכויות המעוגנות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהן זכות החירות האישית, הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי והזכות להליך הוגן (ראו בג"ץ 3412/91 עבדאללה סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, פס" 6 לפסק דינו של השופט אלון (1993); בג"ץ 6302/92 ד"ר מחמוד אחמד ע'אלרחמאן רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז (1) 209, בעמ' 212 (1993); בג"ץ 3239/02 איאד אסחק מחמוד מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, פס" 43 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); בג"ץ 4330/93 פריד גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת

## דברי הסבר

חירותו של אדם במאסה, במעצה, בהסגרה או בכל דרך אחרת. הזכות לחירות אישית באה לידי ביטוי בקביעת עילות מעצר מפורשות ומגובלות בחוק, שנועדו למנוע מעצר שרירותי, ובעיגון העיקרון שלפיו אין לעצור אדם אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו פחותה. הזכות לקיום ביקורת שיפוטית על הליכי המעצר נועדה להבטיח את הזכות לחירות ולהגנה מפני מעצר שרירותי.

זכותם של עצורים ואסירים לכבוד וליחס אנושי הוכרה עוד לפני חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת קטלן: "הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העציר והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי (...). אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העציר לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעציר. צלם האדם לא נלקח ממנו" (בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (נבו 1980.4.10)).

זכות זו הוכרה פעמים רבות נוספות, גם, וביתר שאת, לאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 (ראו למשל בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל, פס' 124 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 2014.9.22)). בפרשת צמח עמד בית המשפט העליון על כך שהפגיעה בזכות לחירות על דרך של מעצר, יש בה כדי להביא לפגיעה גם בזכויות יסוד נוספות: "החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, במעצת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג"5) 241, פס' 17 לפסק דינו של השופט זמיר (1999)).

### לסעיף קטן (א)

הסעיף המוצע מעוגן כיום בנוסח דומה בסעיף (ב) לחוק המעצרים, הקובע כי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו" ואשר מטיל חובה כפולה על הרשות העוצרת: חובה אקטיבית להעניק לעצור את זכויותיו על פי דין, וחובה פסיבית להימנע מפגיעה שאינה הכרחית בזכויות העצור (חיה זנדברג פירוש לחוק המעצרים א 73 (2001) (להלן – פירוש לחוק המעצרים)). הסעיף המוצע תואם גם את ההוראה הקבועה בסעיף 9א לחוק המעצרים, שלפיו "עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו".

ביטוי נוסף לשמירה על זכויות היסוד במעצר מצוי בסעיף 9א לחוק המעצרים, הקובע שעצור לא יהיה כבול

בהתאם להכרה בזכות לייצוג משפטי כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי, נקבע כי כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכותו של אדם לקבל שירותים משפטיים, המתחם שבו נבחנת הפגיעה הוא מתחם זכויות היסוד, ואמות המידה הפועלות הן אמות מידה חוקתיות (ראו פרשת יששכרוב, סעיף 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש; ברק, כבוד האדם, 863–864 (2014)).

על חשיבותה של זכותו של הנאשם לקבלת סיוע משפטי, ניתן ללמוד גם מהמשנה, שבה נאמר כי בדיני נפשות "הכול מלמדין זכות [על הנאשם] ואין הכול מלמדין חובה" (סנהדרין ד, א). רבי יצחק בר ששת (ספרד, המאה הי"ד) לומד מדברי המשנה כי הנאשם זכאי למנות לו מורשה ("אנטלר") "שיטען בעדו וילמד זכותו" (שו"ת הריב"ש, סימן רלה). הוא מטעים כי אם התביעה פועלת באמצעות עורכי דין אזי בוודאי שהנאשם זכאי למנות לו עורך דין שילמד עליו דברי זכות. בתלמוד נקבע כי הסיוע המשפטי צריך להינתן לנאשם גם אם הלה אינו מבקשו ואף אם הוא אינו טוען לחפותו בעצמו: "ובדיני נפשות, אף על גב דלא טען – טוענין לו" (סנהדרין כט ע"א).

עמד על כך גם הרמב"ם בדבריו: "מצוות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: בצדק תשפוט עמיתך: איזהו צדק המשפט? זו השווית שני בעלי דינים בכל דבר" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כ"א, הלכות א-ג) (וראו פרשת פריד גאנב, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996)).

סעיף 10 דיני המעצרים בישראל מסמיכים את הרשות לפגוע, בהתקיים עילות ותנאים מסוימים, בזכותו של אדם לחירות אישית המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על דרך של מעצה. בשל הפגיעה הקשה בזכותו של אדם לחירות אישית הטמונה בעצם המעצר והחשש ממליגה של פגיעה זו גם לפגיעה בזכויות נוספות, יש להבטיח כי זכויות חוקתיות של העצור, כמו זכותו לכבוד ולהגנה על גופו, כמו גם זכויות נוספות, יהיו מוגנות גם בהליך המעצה. חוק המעצרים אשר נחקק בשנת 1996 לאחר חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאור, משקף בהוראותיו איזון בין זכותו של אדם לחירות אישית לבין אינטרסים ציבוריים חשובים ובהם שלום הציבור וביטחונו, גילוי עבירות וחקירתן והגנה על תקינות ההליך הפלילי. ההסדרים הקובעים בחוק האמור נועדו, אפוא, לתכלית ראויה, ופגיעתם בזכות לחירות היא, לתפיסת המחוקק, פגיעה שאינה עולה על הנדרש.

העיקרון המוצע שלפיו מעצר ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו, הוא ביטוי פרטני של הזכות לחירות הקבועה בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והזכויות לכבוד ולשלמות הגוף, ולהגנה מפני פגיעה בהם, הקבועות בסעיפים 2 ו-4 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את הזכות לחירות אישית, שלפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את

## דברי הסבר

זכות העצור להיות מידוע בדבר סיבת מעצרו מוכרת במשפט המקובל, ומעוגנת בחוקותיהן של מדינות רבות בעולם, וכן באמנות בין-לאומיות. כך למשל, סעיף 5(2) לאמנה האירופית לזכויות אדם, מעגן במפורש זכות זו בקובעו כי יש להודיע לעציר, בשפה שהוא מבין ובהקדם האפשרי, את הסיבות למעצרו ואת ההאשמות שיש נגדו:

"Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him".

גם האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אורחיות ומדיניות, עוסקת, בין השאר, בזכויות העצור ובכלל זה החובה המוטלת על הרשויות להודיע בזמן המעצר על הסיבות לכך, וכן החובה להודיע לעצור על ההאשמות נגדו בהקדם. כך נקבע בסעיף 9 לאמנה:

"Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him".

כמו כן, הצ'רטר הקנדי קובע, בסעיף 10, את החובה להודיע, במעצר או בעיכוב, על הסיבות להם:

"Everyone has the right on arrest or detention: (a) To be informed promptly of the reasons therefore".

על פי מגילת הזכויות של מדינת ניו זילנד, יש להודיע לכל מי שנעצר או עוכב את הסיבות לכך בזמן המעצר, וכך נקבע שם בסעיף 104:

"Every one who is arrested or who is detained under any enactment: (a) Shall be informed at the time of the arrest or detention of the reason for it".

בהתאם לתכליות שפורטו לעיל, ההוראה המוצעת נועדה להבטיח כי העצור יהיה מודע לסיבת מעצרו עוד במהלך ביצוע המעצר. זאת כדי למנוע מצב שבו נשללת חירותו של אדם בלי שהוא מודע לסיבה לשלילתה. הוראה זו כאמור עולה בקנה אחד עם ההוראה הקיימת כיום בחוק המעצרים.

### לסעיף קטן (ג)

הסעיף המוצע נותן ביטוי לעיקרון שלפיו חייבת להתקיים ביקורת שיפוטית על הפגיעה בזכות החוקתית לחירות. ביקורת שיפוטית על הליך המעצר מבטיחה כי המעצר יתבצע רק מקום שהפגיעה בחירותו של העצור מוצדקת ומידתית, תוך שנשקלת זכותו של הפרט לחירות מול הצורך לשמור על שלום הציבור וביטחון, על צורכי החקירה ועל תקינות ההליך הפלילי. העיקרון שלפיו צריכה להתקיים ביקורת שיפוטית על מעצר, בא לידי ביטוי בסעיף 4 לחוק המעצרים הקובע עיקרון של עדיפות למעצר בצו שיפוטי, וזו לשונו: "מעצר אדם יהיה בצו של שופט (...), אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו" (ראו פירוש לחוק המעצרים 34-35 (התשס"א)).

במקום ציבורי, אלא רק לפי רשימה סגורה של מקרים המנויים בחוק.

לעניין תוכנה של הזכות, נקבע, עוד לפני חקיקת חוק המעצרים, בפרשת עזאומי: "כל אסור ועצור בישראל, גם כאשר חופש התנועה ניטל הימנו כדין וסגור הוא מאחורי סורג ובריח, זכאי הוא לצורכי אנוש מינימאליים ויסודיים. עם צרכים אלה נמנים לא רק עצם זכותו לאכילה, שתייה ולינה כדי לקיים את גופו מבחינה פיסית, אלא גם סדרי אנוש תרבותיים מינימאליים של אופן סיפוק צרכים אלה, כדי לקיים את כבודו כאדם מבחינה נפשית" (בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאומי, פ"ד מו (5), פסקאות 84-85 (1992)).

חוק המעצרים מתאר בפירוט, בסעיף 9(ב), מהם התנאים והזכויות שלהם זכאי עצור. בין תנאים אלה מונה הסעיף: מיטה, תנאי תברואה הולמים, טיפול רפואי נאות, תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא, קבלת מבקרים וקיום קשר טלפוני, ציוד נקוב לשימוש האישי, מי שתיה ומוזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו.

מדינות שונות בעולם עיגנו זכויות דומות בחוקותיהן. כך למשל, החוקה ההולנדית קובעת כי אדם שנשללה ממנו חירותו באופן חוקי, ניתן להגביל אותו ממימוש זכויות יסוד רק עד למידה שבה מימוש אותן זכויות אינה מתיישבת עם שלילת החירות. בסעיף 4(15) לחוקה נאמר:

"A person who has been lawfully deprived of his liberty may be restricted in the exercise of fundamental rights in so far as the exercise of such rights is not compatible with the deprivation of liberty".

### לסעיף קטן (ב)

בבסיס הוראה מוצעת זו העיקרון שלפיו אדם זכאי לדעת מהי הסיבה החוקתית לשלילת חירותו בידי רשויות השלטון. שלילת חירותו של אדם על דרך של מעצר מבוססת ככלל על חשד שביצע עבירה, ולפיכך יש ליידע את האדם בדבר טיב החשד המיוחס לו במהלך ביצוע המעצר. ההודעה הניתנת לעצור בדבר סיבת המעצר היא חיונית בעבורו כדי שיוכל להשמיע את טענותיו לפני הקצין הממונה וכן לשם קבלת ייעוץ משפטי הולם ומימוש יעיל של זכותו להיוועצות. מעבר לכך, לאדם צורך בסיסי לדעת מהי הסיבה שבגינה הוא נעצר (ראו רינת קיטאי סנג'ור, המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין 410, 405 (2011)).

ברוח זו, סעיף 24 לחוק המעצרים קובע כי מי שעוצר אדם מחויב להודיע לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר, או, בהתקיים אחת מהנסיבות המיוחדות המפורטות בסעיף, מוקדם ככל האפשר בחלוף אותן נסיבות. עוד קובע הסעיף, באופן מפורש, כי יידוע עצור בדבר סיבת מעצרו, המעוגנת כיום בחוק המעצרים, היא חובה המוטלת על השותף ומהווה תנאי לחוקיות המעצר.



## דברי הסבר

following the arrest; the judge shall inform him of the reasons for detention, examine him and give him an opportunity to raise objections. The judge must, without delay, either issue a warrant of arrest setting forth the reasons therefore or order the release from detention".

כמו כן, החוקה היוונית קובעת כי הזמן המקסימלי שניתן לעצור אדם בלי לראות את הגורם השיפוטי (Magistrate), הוא 24 שעות. ואולם, אם העבירה בוצעה מחוץ לתחום שיפוטי של השופט הבודק, מוארך פרק הזמן עד לזמן סביר להגעה למקום ישיבתו. סעיף 6(2) לחוקה היוונית קובע כך:

"A person who is arrested in the act of committing a crime or on a warrant shall be brought before the competent examining magistrate within twenty-four hours of his arrest at the latest; should the arrest be made outside the seat of the examining magistrate, within the shortest time required to transfer him thereto".

החוקה ההולנדית קובעת שאדם שנשללה חירותו שלא על ידי בית המשפט, יזכה להישמע על ידי בית המשפט בתוך תקופה שתיקבע על ידי הפרלמנט. סעיף 21(2) לחוקה קובע כך:

"Anyone who has been deprived of his liberty other than by order of a court may request a court to order his release. In such a case he shall be heard by the court within a period to be laid down by Act of Parliament. The court shall order his immediate release if it considers the deprivation of liberty to be unlawful".

**סעיף 11** חקירה מעצם טבעה מעמידה את הנחקר במצב שבו הוא פגיע ונתון ללחצים, והיא מציבה אותו בעמדת נחיתות מול החוקר. "כל חקירה, ותהא זו ההוגנת והסבירה מכולן, מעמידה את הנחקר במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (יעקב קדמי על הראיות כרך א, 28 (תשנ"א)).

כפי שהבהיר השופט אדמונד לוי ברע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד (סב) 378 (2006): "חקירה מעמידה את הנחקר בסיטואציה מאיימת שהוא, לרוב, אינו רגיל בה. זוהי סיטואציה כופה מטבעה, המעמידה את הנחקר בפני לחצים רבים, בעיקר בשל האיום המרחף מעל לראשו – שמא ייצא אשם ויענש. לא בכדי נקבע כי החקירה – 'אפילו אם אין היא נעשית תוך כדי שימוש באמצעים פיזיים – פוגעת בחירותו של הנחקר. היא פוגעת לעיתים בכבודו ובצנעת הפרט שלו...' 'בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם".

זכותו של עצור להיות מובא בהקדם לפני רשות שיפוטית בשלב המעצר הראשוני, הנגזרת מעקרון הביקורת השיפוטית על המעצר, מעוגנת בסעיף 29(א) לחוק המעצרים הקובע כי אדם שנעצר בלא צו, יובא לפני שופט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות מעת ביצוע המעצר, כדי שיכריע לגבי המשך מעצרו. עם זאת, זכות זו אינה מוחלטת ויש לה סייגים המנויים בסעיף, שבהתקיימותם ניתן לעכב את הבאת העצור לפני שופט. מדובר בנסיבות שהמחוקק סבר כי הן מצדיקות עיכוב בהבאת העצור לפני שופט וכי הפגיעה בזכותו מידתית (ראו, למשל, סעיפים 29–30 לחוק המעצרים וסעיף 46 לחוק המאבק בטרוח, התשע"ו–2016).

הביקורת השיפוטית על המעצר בחוק המעצרים היא ביטוי לצו ההביאס קורפוס (habeas corpus). צו זה התפתח במאה החמש עשרה באנגליה, וכבר משלב מוקדם בהתפתחות תכליתו המרכזית הייתה למנוע מעצרים שרירותיים. בתגובה לצו היה על הרשויות להביא, פיזית, את העצור לבית המשפט כדי שהשופט יורא שמעצרו נעשה כדין ואינו ניצול שרירותי של הכוח השלטוני (John Baker, The Oxford History of the Laws of England, Volume IV 91–94 (2003); Brain R. Farrell, Habeas Corpus in International Law 20–24 (2017). גם בארצות הברית אומץ מוסד זה בחוקה (9 § 1, U.S. Const.), והוגדר בשורת פסקי-דין כ"אמצעי חיוני להגנה על הזכות לחירות" וכ"מגן המתאים היחיד על החירות האישית" (Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723, 731 (2008); Ex Parte Yerger, 75 U.S. 85, 96 (1868)).

החל מקום המדינה הבהיר בית המשפט העליון את חשיבות הביקורת השיפוטית על המעצרים לשמירה על זכויות האדם, ובעיקר את מרכזיותו של צו ההביאס קורפוס לעניין זה: "צו מסוג 'הביאס קורפוס' נועד לשמש אמצעי יעיל, אשר על-פיו יקנה לו אדם את חירותו המיידית ממעצר בלתי חוקי או בלתי צודק. הדגש הוא ב"חירותו המיידית" של האזרח אשר כל מדינה דמוקרטית מצווה לנצור אותה, אלא אם כן יש טעמים חזקים לשללה ממנו" (ראו בג"ץ 113/50 רימון נ' רימון, פ"ד ד 781, 784 (1950) וכן בג"ץ 95/49 אל כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד (ד) 34, 37–38 (1950)).

בחוקותיהן של המדינות השונות ניתן לראות ביטוי לעיקרון האמור של ביקורת שיפוטית על המעצר בכלל, והמעצר הראשוני בפרט. כך למשל, החוקה הגרמנית קובעת פרוצדורה שלפיה אדם המעוכב בחשד שביצע עבירה בת-עונשין יובא לפני שופט בטווח זמן של יום אחד ממעצרו. השופט וידיע לו את הסיבות לעיכוב, יחקור אותו וייתן לו את ההזדמנות להעלות התנגדות לכך. על השופט להוציא, בלא עיכוב, צו מעצר המפרט את הסיבות למעצר, או לשחרר את האדם המעוכב. כך בסעיף 104 (3) לחוקה:

"Any person provisionally detained on-suspicion of having committed a punishable offense must be brought before a judge at the latest on the day

## דברי הסבר

המופקדים על השימוש בכוח החקירה הפלילית ובידיהם סמכויות חקירה, מעצר וחיפוש, כפופים למגבלות השימוש בכוחות הנתונים להם לצורך הגנה על זכויות הנחקר – ובהן, חירותו, כבודו ופרטיותו.

עניין לנו אפוא באיזון בין ערכים מתנגשים; מחד גיסא, הרצון לחשוף את האמת ובכך להגשים את האינטרס הציבורי בגילוי עבירות ובמניעתן, ומאידך גיסא הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר ועל חירותו (ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984)).

מאוזן זה עולה הצורך בכללי החקירה הסבירה, המשקפים אמות מידה של סבירות, שכל ישר ושמירה על כבודו של נחקר (ראו דן ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקדיפיצייה של 'חוקי הציד?' עיוני משפט יב 129 (1987)). כפי שציין כב' נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרון ברק בבג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים: "כללים אלה של החקירה חשובים הם למדינה דמוקרטית. משקפים הם את אופייה. חקירה שלא כדיון פוגעת בכבוד האדם של הנחקר. היא פוגעת גם בדמותה של החברה".

### לסעיף קטן ב)

ההודעה בדבר החשד המיוחס לחשוד נועדה לממש את זכותו של חשוד להבין ולדעת באופן ברור את המיוחס לו והיא נובעת מזכותו להתגונן.

יש חשיבות להודעה כאמור גם כדי לממש את זכות ההיוועצות בעורך דין הנתונה לחשוד. בהעדר הודעה על עיקרי העובדות בדבר החשד המיוחס לחשוד, אין בידי החשוד כדי להבין עד תום את המיוחס לו, ולפרט זאת באוזני סניגורו לשם קבלת ייעוץ משפטי הולם ומימוש יעיל של זכותו ההיוועצות.

כך גם נודעת חשיבות רבה לעיתוי ההודעה על החשד האמור. ברי כי הטלת החובה להביא לידיעת החשוד את החשד המיוחס לו, בטרם גביית הודעתו, נועדה לאפשר לחשוד לבחור באופן מושכל יותר בין שמירה על זכות השתיקה ובין מסירת גרסה. המדובר במידע החיוני לחשוד לשם גיבוש החלטה רציונלית בדבר מימוש נכון של הזכויות המוקנות לו, ובייחוד למימוש זכותו להליך הוגן. בהתאם לכך, מתן הודעה לאחר תחילת גביית הודעתו כחשוד עלול לעלות כדי פגיעה בזכותו של החשוד להימנע מהפללה עצמית.

זכותו של חשוד ליידוע על החשדות המיוחסים לו לפני גביית הודעתו כחשוד, טרם עוגנה במפורש בחקיקה (וראו סעיף 13 המובא בסעיף 6 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח–2018, ה"ח התשע"ח, 1058, 1070), אך הוכרה בפסיקה (ראו, למשל, ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, בפסקה 101 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 10.4.2013)).

ברי כי בנסיבות אלה, עולה הצורך בהגנה מיוחדת על זכויות נחקרים. הדברים אמורים ביתר שאת לנוכח הפער האדיר ביחסי הכוח בין הנחקר לחוקר במהלך החקירה (ע"פ 6144/10 טדרוס גטצ'א נ' מדינת ישראל (נבו 10.04.2013)).

לפיכך, הטעם העיקרי להסדרה חוקתית זו של זכויות נחקרים הוא טיבה של החקירה ככזו הכרוכה בפגיעה בזכויות, והחשש מפערי הכוחות המובנים כאמור בין אנשי המרות, שלהם נתונות סמכויות וכלים שנועדו לתכלית של פיענוח העבירות או מניעתן, אל מול הנחקר, הנתון ללחצים ומחויב להשיב לשאלותיהם.

עמידה על כך שחקירה תיעשה בדרך המבטיחה שמירה על כבוד האדם, גופו וזכויותיו לפי כל דין ושחשוד ידע מהו החשד המיוחס לו טרם גביית הודעתו כחשוד, כמוצע, נועדה להבטיח את תקינותם של הליכי החקירה ולמנוע פגיעה בזכויות הנחקרים, הן חשודים והן עדים. עיגון כאמור יחזק ויבצר את זכויותיהם של נחקרים, חשודים ושאינם חשודים, ויתרום להגנה על כבוד הנחקרים ולקיומו של הליך הוגן. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט לנדוי בע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, כ(1) 225, 232 (1965): דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשפט פלוני – ציין השופט לנדוי – "הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו".

### לסעיף קטן א)

מוצע לקבוע כי חקירה של חשוד או של עד תיערך בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו. סעיפים דומים הקובעים עיקרון כללי לעניין הפעלת סמכויות במסגרת הליך פלילי שיש בהן משום פגיעה משמעותית בזכויותיו של אדם ופרטיותו, קיימים בסעיף (וב) לחוק המעצרים ובסעיף 2(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו–1996.

הרקע לעיגון הסעיף בחקיקת יסוד נעוץ בהכרתו של בית המשפט העליון בצורך להבטיח את הגינות החקירה לאור ערכי הדמוקרטיה, כבוד האדם והזכויות הנובעות ממנו. בית המשפט העליון חזר בפסקי דין רבים על הצורך להקפיד על כך שחקירה משטרית תתנהל תוך שמירה על כבוד האדם, והדגיש כי "כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 836 (להלן – בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים)).

כך בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, טיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 628–629, 545 (2009) נאמר כי: "ההליך הפלילי, והרציונל הבסיסי הטמון ביסודו, בנויים על איזון הכרחי בין כוח האכיפה הנתון בידי הרשות השלטונית, לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט, הנתון בהליך זה... גורמי החקירה המשטרתיים,

## דברי הסבר

השקפה זו, שלפיה דרכי הענישה של המחוקק מוגבלות ואין להטיל על אדם עונש גופני הפוגע בכבודו, באה לידי ביטוי בביטול עונש המלקות (חוק ביטול עונש מלקות, התש"י-1950, ס"ח התש"י, עמ' 261). מדברי ההסבר לחוק עולה כי עונש המלקות לא יושם מאז קום המדינה והביטול הוא דקלרטיבי.

לאיסור על ענישה אכזרית או לא אנושית שורשים עמוקים. האיסור מעוגן במשפט הבין-לאומי. כך, סעיף 5 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, 1948), קובע כי:

"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

באופן דומה, קובע סעיף 7 רישא לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, בין השאר, כי איש לא יהיה נתון לעונש אכזרי, לא אנושי או משפיל:

"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

חוקותיהן של רבות ממדינות העולם כוללות איסור על סוגי ענישה מסוימים ועל התנאים והשיטות הספציפיות שבהם מבוצעים עונשים, והמשתוקף להוראות אלה, על ניסוחיהן השונים, הוא העיקרון של הגבלת סמכותה של המדינה, והכפפתה לסטנדרטים מחייבים, גם במצב שבו כוחה הכופה מקבל את ביטויו המובהק ביותר – בענישה הפלילית, וזאת נגד אדם אשר בעצמו פגע בערכים החברתיים המוגנים, לעיתים אף באופן חמור. הצורה הנפוצה ביותר של איסור זה היא על ענישה או יחס (punishment or treatment) אכזריים לא אנושיים, בדומה לנוסח המוצע. כך, למשל, התיקון השמיני לחוקת ארצות הברית קובע: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted". יחד עם זאת, קיימים הברלים מסוימים בתוכן האיסור כפי שנקבע בחוקת שונות. כך, יש מדינות האוסרות על שימוש בענישה מבוזה או משפילה תוך שימוש במונחים humiliating או degrading. יש מדינות האוסרות על שימוש באמצעי לא אנושי (inhuman/inhumane), ואחרות אוסרות על שימוש באמצעי אכזרי. נוסף על כך קיימות חוקות הכוללות איסורים אחרים בהקשרי ענישה. כך, ישנן חוקות האוסרות על אמצעים שהם נעדרי-כבוד (undignified), על אמצעים חריגים (unusual), על אמצעים ברוטליים (brutal), על אמצעים מחפירים (ignominious), על אמצעים מעוררי זלזול (demeaning), או על אמצעים מבישים (debasing), ואולם מינוחים אלה אינם שכיחים.

סעיף 12 מוצע להגביל את סוגי העונשים שניתן להטיל, ולקבוע כי כל אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, עונש אכזרי, או עונש בלתי אנושי.

הסמכות להעניש עבריינים היא רכיב בסיסי של המשפט הפלילי. ענישה במסגרת גזר דין פלילי היא האמצעי המרכזי של המדינה הדמוקרטית להבטחת הציות לחוק, וזאת כדי להבטיח את השמירה על ערכים חברתיים מוגנים, על שלטון החוק, על שלום הציבור וביטחוננו ועל הסדר הציבורי. הענישה הפלילית, מעצם טבעה, פוגעת באוטונומיה של הפרט וכופה עליו סנקציה, שעשויה להתבטא בשלילת חירות באמצעות עונש מאסר, בפגיעה בקניין באמצעות הגלת קנסות, בפגיעה בחופש התנועה באמצעות שלילת רישיון נהיגה, בפגיעה בחופש העיסוק, ועוד. קיומן של דרכי ענישה שונות הוא הכרחי כדי לאפשר לבתי המשפט לגזור עונש הולם על כל נאשם, בהתאם לחומרת העבירה שביצע, ובלשם לב לנסיבות ביצועה, לנסיבותיו האישיות של הנאשם, ולכל שאר שיקולי הענישה בהתאם להוראות הקבועות לעניין זה בסימן א' לפרק ו' בחוק העונשין. ואולם לצד זאת יש לקבוע את גבולותיה של סמכות זו, ולתחום את סמכותו של המחוקק בקביעת סוגי עונשים ואת סמכותו של בית המשפט המטיל עונשים אלה, כך שההכרח להטיל עונש הולם על נאשם, לא יביא לשימוש עודף ובלתי ראוי בסמכות הענישה על ידי המדינה.

האיסור על עונש שהוא עונש גופני, אכזרי או לא אנושי נגזר מהזכות החוקתית לכבוד האדם, כמו גם מהזכות להגנה על החיים ועל שלמות הגוף (סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). בבסיסו של האיסור מונחת התפיסה שלפיה אין למדינה סמכות לנקוט נגד אדם אמצעים קיצוניים הפוגעים בליבת הכבוד האנושי, מחללים את כבודו של אדם או פוגעים בצלם האנוש, ובזכותו להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

ענישה גופנית, ענישה אכזרית וענישה לא אנושית – תכליתן גרימת פגיעה קשה, סבל וכאב – פיזי, נפשי או רגשי, או גרימת השפלה מכוונת, באופן החורג מן הנדרש כדי להשיג את תכליות הענישה, ואשר לעיתים קרובות יש בו כדי לבטא רגשי נקם, באופן שאינו הולם את חובתה של המדינה להטיל עונשים, גם אם חמורים – תוך איפוק והקפדה על אמות מידה מחייבות. הקפדה על מגבלות אלה נועדה להגן לא רק על הנאשמים עצמם, אלא גם לשמור על צלמה של המדינה כגורם אוכף, כדי למנוע ניצול לרעה של סמכות הענישה שלה, ולוודא שהשימוש בסמכות זו נעשה באופן מבוקר ומרוסן. המשקף את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, המחויבת להגנה על ערך כבוד האדם ועל זכויות האדם.

## דברי הסבר

ולוטניק וורד וינדמן "שיקום קטינים והשתלבות בקהילה לאחר מאסר והחזקה במסגרות נעולות – סקירת ספרות" 7 (המועצה לשלום הילד, 2018).

על בסיס האמנה בדבר זכויות הילד ועל בסיס חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוקן בשנת 2008 חוק הנוער, במסגרת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008. העיקרון שמעמד בבסיס התיקון היה: שיפור ההגנה על זכויותיו של קטין – חשוד או נאשם, תוך התחשבות בכישוריו המתפתחים והשאפה להחזיר את הנער שמעמד למוטב. כך למשל עוגנה זכותו של הקטין להביע עמדה לעניין מתן החלטה בעניינו, וכן נקבעה זכותו להיוועצות בהורה או קרוב אחר ככל הניתן לפני תחילת חקירתו (ראו דברי הסבר להצעת חוק לתיקון חוק הנוער (תיקון מס' 14), התשס"ו-2006 (הצעות חוק התשס"ו עמ' 468)).

כמו כן, לנוכח ייחודיותה של אוכלוסיית הקטינים בהליך הפלילי, הכיר המחוקק בכך שיש להעניק הגנות ייחודיות נוספות לקטינים שהם חשודים או נאשמים בהליך הפלילי, אך גם לעדים ולנפגעי עבירה, באמצעות חוק הגנת ילדים, חוק חקירת עדים וכן בסעיף 4 לחוק זכויות נפגעי עבירה, הקובע דרכי התאמה לקטינים במימוש זכויות נפגעי עבירה.

במסגרת החקיקה האמורה ביקש המחוקק לפרוש מעטפת הגנה רחבה על קטינים, תוך קביעת שני עקרונות עיקריים: העיקרון הראשון הוא מתן הגנה על זכויותיהם של קטינים (חשודים, נאשמים, נפגעי עבירה ועדים), שתאפשר לשמור על כבודם תוך התחשבות בגילם ובמידת בגרותם, הן בהליך החקירה והן בהליך המשפט הפלילי. בכך יש לחייב את הרשויות לתת את הדעת לא רק לגילו הכרונולוגי של הקטין, אלא לכשריו וליכולותיו של כל קטין וקטין. זאת בשל ההכרה בפגיעותם המוגברת של הקטינים ובהשפעות של החשיפה בחקירה המשטרית ושל מתן עדות בדרכים המקובלות, על שלומם הנפשי של הקטינים. בהתאם לכך, העניק המחוקק לקטינים הגנה ייחודית באמצעות קביעת הגבלות על אופן חקירתם המשפטית של קטינים ועל אופן גביית עדותם בהליך המשפטי הפלילי. כך נקבע למשל לפי סעיף 4 לחוק הגנת ילדים כי חקירת קטינים מתחת לגיל 14 תיעשה באמצעות חוקר ילדים. בסעיף 2 לחוק הגנת ילדים נקבע, כי מתן עדותם במשפט תתאפשר רק לאחר שניתן אישורו של חוקר הילדים. כמו כן נקבעו תנאים מיוחדים שבית המשפט רשאי לקבוע בעת שמיעת עדותו של קטין במשפט בהתאם לחוק חקירת עדים וחוק הגנת ילדים.

העיקרון השני נקבע בחוק הנוער – השבת הנער העברייני למוטב באמצעות דרכי הטיפול והענישה המפורטים בחוק. כך נקבע האיוון בין הצורך במתן טיפול לקטין ושיקומו כדי שיוכל לשוב ולחזור לחברה ולקהילה, אל מול הצורך בענישה במקרים המתאימים.

**סעיף 13** מוצע לקבוע כי מימוש הזכויות של קטין לפי הצעת חוק היסוד, ייעשה גם בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו, וכי ביחס לקטין שהוא חשוד, נאשם או נידון, יינתן משקל ראוי לטיפול בו ולשילובו בחברה, בעת הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו. מטרתו של הסעיף המוצע היא הבהרת אופן מימוש זכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי, ובכלל זה בהליכי חקירה, מעצר ומשפט. הצורך במתן הגנה נוספת ומיוחדת בעניינם של קטינים נדרש בשל מאפייניהם הייחודיים.

הוראה דומה מעוגנת כיום בסעיף 1א(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן – חוק הנוער). שלפיו "מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו". יודגש כי אף על פי שהניסוח המוצע לעיקרון זה בהצעת חוק היסוד שונה מהניסוח של סעיף 1א לחוק הנוער הרי שמטרת הסעיף לעגן בחוק היסוד המוצע את העקרונות הקבועים כיום בסעיף 1א האמור.

בישראל נחקקו כמה חוקים הקובעים את דרכי ההתייחסות לקטינים במערכת הפלילית. המרכזיים שבהם: חוק העונשין; חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשס"ו-1955 (להלן – חוק הגנת ילדים); חוק חקירת עדים; פקודת המבחן (נוסח חדש), התשכ"ט-1969, והתקנות על פיה וכן חוק הנוער.

חוק הנוער, שהחליף את פקודת העבריינים הצעירים, 1937, חוקק בשנת 1971. עיקר מטרתו של החוק היה להסדיר את זכויותיהם של הקטינים (בגיל 12 עד 18) בהליך הפלילי בשלושה פרקים שונים: שפיטה, ענישה ודרכי טיפול. בכך נתן החוק מענה לזכויותיהם של הקטינים בהליך הפלילי והתחשב בצורכייהם הייחודיים, החל בשלב החקירה וכלה במתן טיפול עוקב לאחר שחרורו מהמעון שאליו נשלח. סדרי הדין שנקבעו הותאמו לצורכיהם של הקטינים ונוספו על סמכויות הענישה, הוסמכו בתי המשפט לצוות גם על נקיטת אמצעי חינוך ושיקום (ראו דברי הסבר להצעת חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), התשכ"ט-1969, הצעות חוק התשכ"ט, עמ' 160).

בשנת 1989 אומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב־1989)) (להלן – האמנה בדבר זכויות הילד), ובישראל היא אושרה ונכנסה לתוקף בספטמבר 1991. סעיפים 3, 12, 37 ו-40 לאמנה בדבר זכויות הילד נוגעים, בין השאר לקטינים עוברי חוק ולזכויותיהם בהליך הפלילי. עיקרם של סעיפים אלה מחייב את המדינות החתומות על האמנה לפרוש הגנה רחבה על זכויותיו של הקטין בהליך הפלילי – בהליך החקירה ובמשפט, ומחייב לשים דגש על עקרון השיקום והטיפול של הקטין (דינאלה

## דברי הסבר

13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), 2006

לפי חוק שוויון זכויות, אדם עם מוגבלות מוגדר כאדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית. לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי באחד או יותר מתחומי החיים העיקריים (סעיף 5 לחוק). סעיף 6 לחוק שוויון זכויות קובע, בין השאר, כי מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו בין השאר תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו והגנה על פרטיותו, וכי שירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור ייעשו תוך ביצוע התאמות נדרשות בנסיבות העניין. סימן ה' לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות). התשע"ג-2013, קובע התאמות נגישות, לרבות בערכאות שיפוטיות ובגופים בעלי סמכות מעין שיפוטית, ותקנה 41 לתקנות האמורות קובעת התאמות נגישות לשירות במיתקני מעצר ובשירות בתי הסוהר.

לשם הגשמת הזכויות לפי חוק היסוד המוצע, לגבי אדם עם מוגבלות – יש להתחשב במוגבלותו בעת מימוש זכויותיו בכל שלבי ההליך הפלילי, ולבצע התאמות הנדרשות לו בשל מוגבלותו.

נושא זה עוגן למשל במסגרת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, שבו הוראות המחייבות כי חקירתו ועדותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית תותאם למוגבלותו, בהתאם לתנאים הקבועים שם.

כמו כן, חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, וחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית), התשכ"ט-1969, כוללים הסדרים שונים הנוגעים לשלבי ההליך הפלילי, החל משלב המעצר ועד לאחר המשפט ביחס לנאשם שנמצא חולה, או בעל מוגבלות שכלית-התפתחותית.

**סעיף 15** מוצע לקבוע את הזכות של אדם שאינו דובר השפה העברית לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם הבנת השפה שבה מתנהל הליך פלילי שהוא צד לו.

לאדם שאינו מבין עברית עומדת הזכות לביצוע התאמות הנדרשות לו לשם הבנת ההליך שמתנהל נגדו ולשם הבטחת זכויותיו. בית המשפט עמד לא אחת על חשיבות העובדה שחשוד יבין את מהות האשמות וטיב הליכי החקירה המתנהלים נגדו. 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 נגד האשמות באופן שעשוי אולי להביא לטיהור שםם" (ראו ע"פ 8974/07 ל'ין נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 3.11.2010), בפסקה 8 לפסק דינו של השופט דניצ'גר). זכות יסוד זו עולה

כפי שנקבע לא אחת על ידי בית המשפט העליון, השיקול המרכזי בענישתם של קטינים הוא השיקול השיקומי, אשר מבטא את מחויבותה של החברה לעשות כל שניתן כדי לשלב בחברה קטינים שעברו על החוק. זאת בהתבסס על שלושה טעמים עיקריים: ראשית, גילו הצעיר של הקטין שבעטיו פעמים רבות תודעתו והכרתו אינן מפותחות ובשלות מספיק; שנית, הרצון להגן על קטינים מפני נזקים הכרוכים בעצם הכליאה, שכן השפעת המאסר על קטין עלולה להיות חמורה מהשפעה על עבריין בגיר; שלישית, מחויבותה של החברה לנסות ולמצוא דרך לשקם את העבריינים הקטינים, מתוך הבנה שלקטינים עוברי חוק פוטנציאל שיקומי ניכר. זאת הן מבחינת סיכוייהם להשתקם ולהשתלב חזרה בקהילה והן מבחינת התועלת העתידית לחברה (ראו בע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 8.3.2009)).

עם זאת, בית המשפט העליון הבהיר לא פעם בפסקי הדין כי עצם הקטינות אינה מקימה מחסום מפני ענישה ראויה, ובעיקר כשמדובר במבצעי פשעים חמורים. במקרים אלה נקבע כי על בית המשפט להביא בחשבון את הנוק שנגרם לנפגע העבירה, שלעיתים אף הוא קטין בעצמו. על כן במקרים המתאימים בית המשפט מחויב להגן על אינטרסים ושיקולים נוספים: גמול, הרתעה והגנה על הקורבן ועל הציבור – ולהעדיף על פני שיקול השיקום (ראו ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 577 (2003); ע"פ 4976/20 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 14.3.2021); ע"פ 593/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 17.4.2018)).

זכויות קטינים מעוגנות בחוקות רבות או במסמכי יסוד כגון סעיף 25(i) למגילת הזכויות של ניו זילנד שבו נקבע –

"Everyone who is charged with an offence has, in relation to the determination of the charge, the following minimum rights: [...] the right, in the case of a child, to be dealt with in a manner that takes account of the child's age".

**סעיף 14** מוצע לקבוע את הזכות של אדם עם מוגבלות לכך שיבוצעו התאמות הנדרשות לו לשם מימוש זכויותיו לפי חוק היסוד המוצע, בהליך פלילי שהוא צד לו.

ההכרה העקרונית בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות עוגנה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן – חוק שוויון זכויות). שבו נקבע כי אחת ממטרות החוק היא "לעגן את זכותו [של אדם עם מוגבלות] להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית...".

כמו כן, הכרה זו עוגנה במסגרת האמנה הבין-לאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות משנת 2006, שאותה אשררה מדינת ישראל בשנת 2012 (Articles 5 and

## דברי הסבר

נפגעי עבירה), ובחקיקה נוספת (ראו למשל סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי; חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 (להלן – חוק חקירת עדים); וסעיף 77 לחוק העונשין). בסעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה נקבע כי זכויותיו של נפגע עבירה נקבעו בחוק כדי להגן על כבודו כאדם, ובלתי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים.

עוד נקבע בסעיף 3 לחוק זכויות נפגעי עבירה, כי מתן הזכויות ייעשה תוך התחשבות בנפגע העבירה ובצרכיו, שמירה על כבודו והגנה על פרטיותו ובתוך זמן סביר. הדר הנציג-רוזנברג ודנה פוג'ץ, במאמרן "הדור הבא" של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" (עיוני משפט לו (2015), 549-604), מציעות להקנות מעמד חוקתי לזכותם של נפגעי עבירה, כזכות המגלמת אגד של זכויות פרוצדורליות, קיימות ועתידיות, הנגזרות מזכות החוקתית של הנפגע לכבוד (שם, בעמ' 602).

עוד בטרם חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה הכירה הפסיקה בכך שגם לנפגע העבירה זכויות בהליך הפלילי: "בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודם של המתלונן, העד, הקורבן; ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזוי ומהשפלתו כאדם" (דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994); וכן ראו דנ"פ 2316/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 620 (1995)). כתוצאה מהכרה זו נקבעו בחקיקה זכויות דיוניות שונות לנפגעי העבירה. אם כן, הבסיס לזכויות שניתנו בדין הישראלי לנפגעי עבירה הוא זכות חוקתית ויש מקום לעגן זכות עקרונית זו בהצעת חוק יסודי. זו, הסעיף המוצע מבטא את ההכרה בזיקתו ההדוקה של הנפגע להליך פלילי המתנהל בקשר לעבירה שממנה הוא נפגע, וקובע כי ראוי להכיר בנפגע כאינדיבידואל שיש לתת הגנה חוקתית לזכויותיו.

מתן הזכויות לנפגעי העבירה צריך להיעשות בדרך שאינה פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות החשוד והנאשם (ראו עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם, לבין זכויות קורבנותיו" ספר שמגר – מאמרים חלק ב' 255, 260-261 (יובל שני ואח', 2003)). רבות מן הזכויות שניתנו לנפגעי עבירה בדין כוללות סייגים וחריגים מסוגים שונים אשר קבועים בחוק ונועדו לאפשר גמישות בהפעלתן, והפעלת שיקול דעת מיהלילי של הרשות שעליה הוטלה החובה ליישום הזכויות.

הפעלת סמכויות המדינה בהליך פלילי נגד נאשם עולות ככלל בקנה אחד עם טובת הנפגע. ואולם, אף על פי שנפגע העבירה הוא מי שהעבירה פגעה בו באופן ישיר, לעיתים באופן חריף ובלתי ניתן לתיקון, אין לו

בקנה אחד עם ההוראה הקבועה בסעיף 2 לחוק חקירת חשודים, שלפיה "חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת סימנים". כמו כן, זכותו של נאשם לתרגום, על ידי מתורגמן או על ידי בית המשפט, במסגרת ההליך הפלילי, מעוגנת בסעיף 140 לחוק סדר הדין הפלילי, וכן בסעיף 142 לחוק האמור הקובע הוראות לעניין מימון שכרו של המתרגם. סעיפים אחרים בחוק מסדירים את מעורבותו האישית של הנאשם בהליך (סעיפים 126, 129, 143, 145, 152(א)-(ג), 161(א)-(ב), ר"170).

בית המשפט העליון הכיר בחשיבות ניהול החקירה באופן המובן לחשוד (ראו ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סה(2) 482, פסקה 47 לפסק דינה של השופטת ארבל (2012)). בית המשפט העליון אף עמד בפסיקתו על הסכנה הגוברת להודאות שואו במקרים של קושי שפתי (ראו ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (נב) 23.11.2015), פס' 138 לפסק דינו של השופט דניצ'גר).

ביחס לנאשם, הבנת השפה שבה מתנהל ההליך הפלילי מהווה תנאי בסיסי למשפט הוגן. וכך ציין בהקשר זה בית המשפט העליון בפסיקתו:

"בשבתנו לדין אנו נתקלים מעת לעת במקרים בהם אין הנאשמים מבינים בצורה מלאה את שנטען ונאמר במהלך הדין... בשל תרגום שאינו מתאים או בשל היעדרו של תרגום. במצב דברים זה כמעט שאין כל נפקות ממשית להתייצבותו של הנאשם לדין, ומדובר לטעמי בפגיעה בזכויותיהם של נאשמים שאין להשלים עמה... מצב דברים זה הינו בלתי ראוי בעליל ומנוגד הוא לתקינות ההליך כמו גם לכללי הצדק הטבעי אשר מורים כי על אדם העומד בלב הליך משפטי, ובמיוחד כאשר עסקינן בפלילים, להבין במה הוא מואשם, לאן וכיצד מתקדמים ההליכים בעניינו ובפני מה עליו להתגונן" (ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט דניצ'גר).

סעיף 16 מטרתו של הסעיף המוצע היא לעגן במפורש בחוק היסוד את זכויותיהם של נפגעי עבירה בהליך הפלילי, ובכלל זה בהליכי חקירה ומשפט. נוסח הסעיף מבהיר כי בעת ניהול הליך פלילי על הרשויות להקפיד על שמירת הזכויות המוקנות לנפגע העבירה על פי הדין ולהגן על כבודו כאדם.

אף על פי שאינם צד בהליך מעמד המיוחד של נפגעי עבירה בהליכים פליליים הוכר כבר בחקיקה ובפסיקה הישראלית וניתנת להם האפשרות ליטול חלק בהליך (ראו פסק דינה של השופטת ארבל בע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' איתמר בירטון (23.7.09)). זכויותיהם של נפגעי עבירה שכוללות, בין השאר, הגנה מפני החשוד, הנאשם או הנידון, קבלת מידע על זכויותיהם כנפגעי עבירה ועל הדרך שבה מתנהל ההליך הפלילי, הבעת עמדה בחלק מן המקרים ופיצוי במסגרת ההליך הפלילי, נקבעו בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן – חוק זכויות

## דברי הסבר

עצור וחשוד בהליך הפלילי לבין תכליתיו של ההליך הפלילי. עם תכליות אלה, שמימושן חיוני בכל חברה דמוקרטית, מנויות, בין השאר, ההגנה על זכותם של פרטי החברה לביטחון אישי המשתרע בין השאר על חייהם, גופם ורכושם והגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים כגון ביטחון המדינה. פעולת האיזון העדין שנעשתה ביישומו של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, צפוי שתיעשה גם בקשר ליישומו של חוק היסוד המוצע, אשר ממילא מעגן זכויות יסוד שברובן כבר נכללו בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו (בדרך פרשנית). כלומר קביעת המרחב הלגיטימי של הפגיעה בזכויות היסוד תיבחן בקפידה ובהירות, על יסוד ההכרה בערך האדם, בכבודו ובחולשתו אל מול כוחות השלטון, אך בלי לסכל את הצורך החיוני באכיפת החוק הפלילי בדרך צודקת ובקיום הליכים פליליים נאותים ויעילים, כנדרש לשם הגנה על ביטחונם האישי של פרטי החברה ועל אינטרסים ציבוריים חשובים נוספים. עוד יצוין כי פסיקת בית המשפט העליון עמדה בשורת הזדמנויות בעבר על תכליות מרכזיות נוספות של המשפט הפלילי, ומנתה, בין השאר, את העקרונות האלה: "חשיפת האמת ועשיית צדק" (ראו ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פס"ד 6 (נבו 20.12.2000); שיקולים של "גמול, הרתעה, מניעה ושיקום העבריין" (ראו בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) 550, פס"ד 36 (2008)); הרחקת העבריין ו"מניעת סכנה מהמשך ביצוע עבירות" (ראו בש"פ 948/07 אברהם נ' מדינת ישראל, פס"ד 6 (נבו 8.3.2007)); וכן הטלת העונש על עבריינים באופן אישי וישיר (ראו ע"פ 5359/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"ד 27 (נבו 13.4.2021)).

הצעת חוק היסוד חלה גם על מערכת המשפט הפלילי הצבאית, שהוקמה מכוח חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, כמערכת משפט עצמאית הפועלת במקביל למערכת המשפט הפלילית הכללית, זאת בשל הצורך להבטיח ערכים ומאפיינים הייחודיים למערכת הצבאית, הנובעים ממהותו ומאופיו של השירות בצה"ל. במסגרת האיזונים שייערכו על פי הסעיף המוצע בכל הנוגע ליישום זכויות היסוד בהליך פלילי המתנהל במערכת השיפוט הצבאית, ברי כי יילקחו בחשבון בהקשרים המתאימים מאפיינים ייחודיים של מערכת זו וצרכיו המיוחדים של הצבא, לרבות המשמעת הצבאית והצורך להבטיח את יעילות אכיפת הדין בצה"ל, כגוף הנדרש להיות מוכן לעיתות חירום ולחיימה, ובכך תישמר ייחודיותה של המערכת הצבאית (ראו ע"א 503/87 שפק נ' אגד פד"י מב(1), 162, בעמ' 165 ובג"ץ 4723/96 אביבית עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פד"י נא(3), 714).

**סעיף 18** מוצע לעגן את חובת רשויות השלטון לכבד את הזכויות שלפי חוק היסוד, בדומה לסעיף 11 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 5 לחוקי־יסוד: חופש העיסוק.

אפשרות מעשית לשלוט בהליך הפלילי ולהכריע בשאלות שמתעוררות במהלכו.

כך, הצורך לקדם את האינטרס הציבורי בכללותו, לעיתים אינו חופף ואף במקרים מסוימים עשוי להתנגש עם רצונו של הנפגע. ואולם, יש בהכרה בפער בין מקומו של הנפגע ביחס לעבירה והפגיעה הפוטנציאלית בו במהלך ההליך לבין העדר השליטה של הנפגע בהליך, כדי להצדיק הכרה בחובה לנהל את ההליך גם באופן שמבטא הוגנות כלפי הנפגע.

זכויות נפגעי עבירה מעוגנות בחוקות שונות בעולם, ובכלל זה גם בחוקות של מדינות בארצות הברית. כך, למשל, סעיף 16(b) לחוקת פלורידה המתייחס לנפגעי עבירה נפתח כך:

"To preserve and protect the right of crime victims to achieve justice, ensure a meaningful role throughout the criminal and juvenile justice systems for crime victims, and ensure that crime victims' rights and interests are respected and protected by law in a manner no less vigorous than protections afforded to criminal defendants [...]"

סעיף 28(b)(1) לחוקת קליפורניה קובע כי לנפגע עבירה הזכות –

"To be treated with fairness and respect for his or her privacy and dignity, and to be free from intimidation, harassment, and abuse, throughout the criminal or juvenile justice process."

**סעיף 17** מוצע לקבוע סעיף המסדיר את התנאים לפגיעה מותרת בזכויות היסוד המוגנות בחוק היסוד, בדומה לסעיף 8 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 4 לחוקי־יסוד: חופש העיסוק. הסעיף אוסר ככלל על הפגיעה בזכויות היסוד המעוגנות בחוק היסוד, אך מתיר אותה רק בהתקיים תנאים מסוימים המצוינים במפורש בסעיף.

סעיפים אלה בשני חוקי היסוד האמורים (שאותם נהוג לכנות "פסקת ההגבלה") זכו להתייחסות ענפה בפסיקת בית המשפט העליון לאורך עשרות השנים שחלפו מאז נחקקו. ההלכות שנוצרו בפסיקה מפרשות את רכיבי הסעיפים, כגון מהי פגיעה בזכות יסוד ומתי מתקיימים התנאים המתירים פגיעה כזאת, ואת אופן היישום שלהם לגבי פעולות של רשויות ציבוריות הפוגעות בזכויות היסוד החוקתיות. פסיקה זו תשמש מטבע הדברים גם בפרשנות של סעיף 17 המוצע, שלשונו ומהותו זהים לקודמיו, ובכך תובטח ההרמוניה והעקביות החוקתית.

יודגש כי היישום של פסקת ההגבלה בהקשר של הצעת חוק יסוד זה עניינו באיזון שבין זכויותיו של נאשם,

## דברי הסבר

הייצוג, ועוד. כל הנושאים האלה הוסדרו, ברבות השנים, באופן מפורט בחקיקה הישראלית בדברי חקיקה ייעודיים כגון חוק העונשין, חוק סדר הדין הפלילי, חוק המעצרים ועוד. בחקיקה הפרטנית עוגנו זכויות אלה ונוצק להן תוכן קונקרטי באמצעות הסדרה מפורטת בדבר אופן יישומן, תיחומן, וקביעת איוונים קפדניים במצבים המצריכים שקילת שיקולים או זכויות נוספות. ברבות השנים התבססו פרטיקות אלה בתחום המשפט הפלילי, התפתחו והשתכללו, וכן פורשו בפסיקה ענפה אשר נדרשה לאיוונים זהירים אלה, על יסוד מקרים פרטניים, ובין השאר בראי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נזכר כי רבות מהזכויות שמוצע עתה לעגן במפורש בחוק היסוד החדש, כבר הוכרו כזכויות חוקתיות המוגנות מכוח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק היסוד המוצע אינו בא לחייב דיון מחודש בכלל ההסדרים שנקבעו בתחום זה – דיון שאינו מציאותי, בהתחשב בהיקפם של ההסדרים החוקיים בתחום זה ובריבוי הסוגיות והפרטים שבהם הם עוסקים. על כן מוצע לקבוע כי עצם חקיקתו של החוק לא תפגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. מובן כי אין בסעיף זה כדי להשפיע על תחולתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונפקותו המשפטית. כלומר, דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד המוצע ימשיך להיבחן לפי הוראות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוקי-יסוד: חופש העיסוק או כל דין רלוונטי אחר. סעיף שמירת הדינים תוחם עצמו במפורש להגנה מפני פגיעה בתוקף של דין קיים הנובעת מ"חוק יסוד זה". לצד האמור יודגש כי על פי ההלכה הפסוקה, גם דין קודם שתוקפו מוגן בהוראת שמירת הדינים הכלולה בחוק היסוד המוצע, יש לפרשו ככל הניתן ברוח העקרונות והערכים שהותו בחוק היסוד המאוחר לדין הקיים. כך לגבי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכך גם בנוגע לחוק היסוד המוצע.

סעיף 19 מוצע לעגן את היחס שבין חוק היסוד לבין תקנות שעת חירום. לשם האחידות נעשה הדבר בנוסח זהה לסעיף 12 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף דומה נכלל גם בחוקי-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 6). תקנות שעת חירום אינן עומדות ברמה הנורמטיבית של חוקי היסוד, ועל כן מובהר בסעיף זה שלא יהיה בכוחן, כפי שאין בכוחו של חוק רגיל, לשנות את חוק היסוד עצמו או לבטלו וכמובן גם לא לקבוע בו תנאים או להפקיע זמנית את תוקפו. עם זאת, כפי שמותר לפגוע בזכויות המוגנות בחוק היסוד בחוק או בתקנות לפי הסמכה מפורשת בחוק, מובהר כי מותר גם בתקנות שעת חירום (בהתקיים התנאים המתחייבים מחוקי-יסוד: הממשלה להתקנתן) לאמץ הסדרים אשר פוגעים בזכויות היסוד, בהתאם לתנאים המנויים בסעיף 17 המוצע – לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

סעיף 20 חוק היסוד המוצע מגן, ברמה החוקתית, על זכויות יסוד בהליך הפלילי. על כן מוצע כי שינוי של הוראות חוק היסוד, ייעשה רק בתמיכה של רוב חברי הכנסת המבטאים את רצון רוב ציבור הבוחרים, ולא ברוב רגיל. הסדר דומה מעוגן בסעיף 7 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, וכן נקבעה דרישת נוקשות דומה גם בחוקי היסוד החדשים – חוקי-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (סעיף 11), וחוקי-יסוד: משאל עם (סעיף 5) ובמקרים נוספים שהבולט בהם הוא חוקי-יסוד: הממשלה (סעיף 44).

סעיף 21 מוצע לקבוע כי חוק היסוד המוצע אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. זאת, בדומה להוראה שנקבעה בסעיף 10 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביחס לדינים שקדמו לחקיקתו. הוראת שמירת דינים זמנית נקבעה גם בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ופקעה בשנת התשס"ב.

חוק היסוד המוצע קובע את זכויות היסוד בתחום המשפט הפלילי, ובכלל זה הוא עוסק בעקרונות קביעת האחריות הפלילית, בזכויות במעצר ובחקירה, בזכות