

חוק יסוד: רטוריקה חוקתית

מאת

אסף הרדוף*

תקציר

בתחילת שנת 2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק: יסוד זכויות בהליך הפלילי. הוצע לשלב תוכן המשלב סוגיות של סדר דין פלילי ודיני עונשין בחוק יסוד חדש. עיקר התוכן עיגן זכויות של חשודים ונאשמים והכריז על עקרונות וכללים מינימליים להגנתם. מקצת התוכן עיגן זכויות של נפגעי עבירה והטעים גם את תכליות האכיפה.

ממבט ראשון, הצעה ממשלתית לחוק יסוד חדש העוסק בזכויות בכלל, ובזכויות חשודים ונאשמים בפרט, נראתה כבשורה משפטית דרמטית, מהלך שאפתן, מכונן וחשוב. אולם היה זה רושם מוטעה: ההצעה הייתה חסרת השראה, חסרת שאיפות ממשיות, ללא פוטנציאל מכונן לשינוי הדין הקיים, ובחלקה אף ללא חשובה וללא התאמה להשתלב בדין החוקתי. ההצעה שיקפה איסוף של רעיונות ומסרים קיימים ורנדומליים לכדי מסגרת לא אחידה ולא עקיבה, שלא הייתה צפויה לשנות דבר לו התקבלה, למעט רטוריקה.

המאמר כולל שני מהלכים. האחד מאיר את ההצעה, מראה שההשפעה הפוטנציאלית אשר הייתה צפויה בגין השינוי המעמדי במדרג הנורמות כשלעצמו – דלה. זאת משום שחלק מהנורמות המדוברות כבר ממילא הוכרו כבעלות מעמד חוקתי, ומשום ששינוי מעמד כשלעצמו אינו צפוי לחולל השפעות רוחביות ממשיות, כעולה משלושים שנה של השפעה דלה עד אפסית של הדין החוקתי בשדה הפלילי. המהלך המשלים והמופשט מגולל את סוג השאלות הראויות להוביל רפורמה יסודית במשפט הפלילי. ההצעה לא הניחה בסיס לטענה שדרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל. אף אם דרוש כזה, כפי שהמאמר גורס בקצרה, אין זאת אומרת שנדרשת פנייה לדין החוקתי. רמת ההפשטה של ההצעה זגזגה, וליכוד הנורמות שבתוכה יצר תוכן ללא לכידות רעיונית.

- מבוא 2
- א. בשורה משפטית? 4
1. שינוי מעמדי = בשורה משפטית? 4
- (א) כוח נורמטיבי חריג 5
- (ב) סמליות כהצדקה לחוק: יסוד? 11
2. בשורה בתוכן? 12
- (א) סדר דין פלילי 12
- (ב) משפט פלילי מהותי 19
- (ג) דיני ראיות 21
- (ד) חידוש מעבר לכוונת התזכיר 22
- ב. עשו זאת נכון: כיצד לגשת לרפורמה יסודית בדין הפלילי 23
1. האם דרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל? 23
2. האם דרוש שינוי בחוק יסוד דווקא? 25
3. מהי רמת ההפשטה הראויה? 26
4. בתמצית: כיוון לשינוי יסודי 29
- סיכום 31

מבוא

בתחילת שנת 2022 פורסם תזכיר משרד המשפטים באשר לחוק יסוד חדש, חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי (להלן: התזכיר).¹ התזכיר ביקש להוסיף "נדבך נוסף במגילת זכויות האדם של מדינת ישראל", במטרה "לעגן באופן מפורש את זכויות היסוד בחקירה ובמשפט הפלילי, אשר נגזרות מזכויות היסוד לכבוד ולחירות, באופן מפורט ובדרך המלך, בחוק יסוד של הכנסת".² התזכיר כלל דברי הסבר מפורטים, ובסימו טיוטה להצעת חוק: יסוד (להלן: ההצעה). מאוחר יותר, הונחה על

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי מאז 2009; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה למערכת ולשיפוט החיצוני על הערות מחכימות. המאמר נשלח למערכת ביוני 2022, ועודכן בקצרה בגין ירידתה של ההצעה מסדר היום הפוליטי. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

¹ תזכיר חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי.

² שם, בעמ' 1.

שולחן הכנסת הצעת חוק: יסוד זכויות בהליך הפלילי.³ חלקה במשיך קו מוכר היטב לדוברי השיח החוקתי: סעיף 1 (עקרונות יסוד), סעיף 2 (מטרה), סעיף 17 (פגיעה בזכויות – פיסקת הגבלה), סעיף 18 (תחולה על המדינה), סעיף 19 (יציבות החוק – תקנות חירום), סעיף 20 (נוקשות) וסעיף 21 (שמירת דינים). יתר סעיפי ההצעה שיקפו תוכן קונקרטי המתקשר למשפט הפלילי.

סעיפים 3, 6–11, 13–16 להצעה עסקו בסוגיות של סדר דין פלילי.⁴ סעיף 3 הקנה לאדם זכות להליך הוגן אשר הוא צד לו. סעיף 6 הכריז על חזקת חפות של מי שטרם נקבעה אשמתו על ידי רשות שיפוטית. סעיף 7, שלא עלה בתזכיר כלל, מנע העמדה לדין של מי שכבר הורשע או זוכה בעבר. סעיף 8 הקנה לאדם זכות שלא להפליל את עצמו בחקירתו, וזכות שלא להעיד במשפטו הפלילי. סעיף 9 הקנה זכות להיוועצות בעורך דין בחקירה פלילית, וזכות לייצוג בידי עורך דין בכל הליך פלילי בעניינו בפני רשות שיפוטית. סעיף 10 הקנה זכויות שונות בהליכי מעצר: זכות כללית לשמירה על כבודו, גופו וזכויותיו; זכות להודעה בזמן אמת על סיבת מעצרו; וזכות להיות מובא בהקדם בפני רשות שיפוטית. סעיף 11 שלח מסר דומה אם כי חלקי בנוגע להליך חקירה: זכות כללית לשמירה על כבודו וגופו, וזכות להודעה על טיב החשד נגדו לפני גביית הודעתו. סעיפים 13–15 עסקו באוכלוסיות מיוחדות ובהגנה עליהן: קטינים, אנשים עם מוגבלות, ואנשים שאינם דוברי עברית. סעיף 16 נע הצידה, לזכויות נפגע עבירה, וקבע שעל ההליך לשמור על זכויותיו וכבודו.

סעיפים 4–5, 12 עסקו במשפט הפלילי המהותי. סעיף 4, "עקרון החוקיות", קבע כי אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם נקבעו בחוק או לפיו, וכי אדם יישא באחריות רק למעשים שהוגדרו כעבירה בזמן הפעולה ובתקרת העונש שהתקיים בעת הפעולה. סעיף 5, עקרון האשמה, קבע כי לא תוטל אחריות פלילית ללא אשמה; וכי אדם לא יישא באחריות בגין עבירה של אחר. סעיף 12 עסק בענישה ואסר על הטלת עונש גופני, אכזרי או לא אנושי. אין בהצעה סעיף שהתייחס במישרין לדיני הראיות. סימפוזיון זה עוסק בהצעה, אשר בעצם קיומה נראתה שאפתנית, מכוננת וחשובה. מאמרי יציע, כי זהו רושם מוטעה: ההצעה הייתה חסרת השראה ולא ראויה למסגרתה. ההצעה לא שאפתנית, ללא פוטנציאל מכוון לשינוי הדין הקיים, ובחלקה הלא קטן אף ללא חשיבות וללא התאמה להיות חלק מהדין החוקתי. ההצעה שיקפה איסוף של רעיונות ומסרים קיימים ורנדומליים לכדי מסגרת לא אחידה ולא עקיבה, שלא הייתה צפויה לשנות דבר לו התקבלה, למעט רטוריקה.

³ הצעת חוק: יסוד זכויות בהליך הפלילי, ה"ח 1523, 2.3.2022, בעמ' 691 (להלן: הצעת החוק).

⁴ כידוע, החלוקה המוכרת של המשפט הפלילי לשלושה ענפים – משפט מהותי, סדר דין, ודיני ראיות – אינה פורמלית. סדר הענפים המוצג בטקסט הוא לפי כמות התוכן שהוצע בעניינו, מהגדולה לקטנה. הפיצול לענפים אינו אלא כלי עזר ויזואלי אנליטי, ולא אנסה לבסס פה הגדרה מחייבת לענפי המשפט הפלילי.

מאמרי יכלול שני פרקים. **פרק א** יאיר את ההצעה, תוך הפרדה אנליטית בין שאלת השינוי המעמדי, וביתר דיוק ההשפעה החדשה העשויה לנבוע בגין השינוי המעמדי, לבין שאלת החידוש התוכני. אראה תחילה כי ההשפעה הפוטנציאלית אשר הייתה צפויה בגין השינוי המעמדי במדרג הנורמות כשלעצמו – מוגבלת ביותר. חלק מהנורמות המדוברות כבר ממילא הוכרו כבעלות מעמד חוקתי; ושינוי המעמד כשלעצמו לא היה צפוי לחולל השפעות רוחביות ממשיות, כעולה משלושים שנה של השפעה דלה עד אפסית של הדין החוקתי בשדה הפלילי. בהשפעה צפויה אחת אני בטוח: שינוי ברטוריקה. בהמשך אגרוס כי תוכן ההצעה, ברובו המוחלט, לא חידש כלל, ואף לא התיימר לחדש, וגם במובן זה ההצעה הייתה מיותרת.

פרק ב יציג ביקורת מופשטת על ההצעה, ויגולל את סוג השאלות אשר אמורות להוביל רפורמה יסודית במשפט הפלילי: האם דרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל; האם דרוש שינוי בחוק יסוד דווקא; ובהנחה שדרוש שינוי בחוק יסוד, מהי רמת ההפשטה הראויה. אטעים כי ההצעה לא הניחה כל בסיס לטענה שדרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל, וגם במובן זה היא נעדרה הצדקה מבוססת או אפילו ממשית. אטען כי אף שיש בישראל שפע של סוגיות במשפט הפלילי הראויות לשינוי, ולמצער ראויות לתשומת לב חקיקתית ביקורתית, שינוי כזה ככלל אינו מצריך פנייה לדין החוקתי. אראה כי רמת ההפשטה של ההצעה זגוגה, וחיבור הנורמות שבתוכה מייצר תוכן ללא כל לכידות רעיונית. לבסוף אפרט בקצרה היכן נדרש שינוי יסודי בכל אחד מענפי המשפט הפלילי, ובכולם גם יחד.

א. בשורה משפטית?

1. שינוי מעמדי = בשורה משפטית?

עם או בלי חידוש תוכני עצמאי, המשגתן של נורמות כחלק מחוק: יסוד נושאות לכאורה בשורה משפטית ככדת משקל, בגין העלאת המדרגה הנורמטיבית. בפרק **א.2** אראה כי ההצעה כמעט ולא חידשה לעומת הדין הקיים, חקיקה ופסיקה, וכי המדינה כבר הגבילה את כוחן של רשויותיה לפגוע בחשוד, נאשם ומורשע בכל אותם ההקשרים העולים מההצעה. חקיקה מפורשת שלחה את אותם מסרים, ופסיקה ברורה אף מיקמה חלק מהמסרים במישור החוקתי. לעומת זאת, ניתן לגרוס כי לחוקי יסוד יש הצדקה מיוחדת, המתקשרת לכוח נורמטיבי חריג או לסמליות, הצדקה שבעטיה ההצעה חשובה. בפרק זה אדחה את הטיעון האמור במפורט.

(א) כוח נורמטיבי חריג

לחוקי יסוד יש כוח מיוחד, להגביל לא רק את הרשות האוכפת והרשות השופטת, אלא גם את הרשות המחוקקת.⁵ האם כוח זה סיפק הצדקה להצעה? בלי לבסס סכנה לפגיעה עתידית מצד המחוקק, ולהצדיק בכך את כבילתו באמצעות הכלי החוקתי דווקא, לא ברור מדוע לא ניתן להסתפק בחקיקה רגילה.⁶ התזכיר לא הציב ולו בדל של בסיס כאמור. ניתן להשעין חשש עתידי, באופן סתמי, על טענות הנוגעות לאקלים הפוליטי המשתנה; אולם לבססו קשה מאוד. במובן הפוליטי, שעליו לא ארחיב, הרי שלמעט נאשמים עם נופך פוליטי, הפוליטיקה מכל קצוות הקשת אינה נוטה להתעניין בנעשה בזירה הפלילית. כפי שהסברתי בעבר בהרחבה, הצד הפוליטי המזוהה עם ביקורת חריפה על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, כביכול בגין הפרת דבר המחוקק וחריגה ממנה – אדיש לחלוטין לאקטיביזם שיפוטי בזירה הפלילית; ואילו הצד הפוליטי המזוהה עם הגנה על בית המשפט העליון, כביכול בגין הגנתו על זכויות הפרט – אדיש לחלוטין להפרות חוק מצדו של בית המשפט העליון בדרכו לפגיעה בזכויות הפרט העומד לדין.⁷ באופן קונקרטי יותר, נציגים שונים בממשלה הנכנסת בשלהי שנת 2022 הביעו בעבר ביקורות חריפות חוזרות על הפרקליטות ועל המשטרה, ובמובן זה הגנה על זכויות חשודים ונאשמים אינה סותרת את עמדתם, אלא לכאורה משקפת אותה היטב. ביקורת פוליטית חוזרת על בית המשפט לא נעשתה בהקשר למשפט הפלילי באופן כללי, ודאי לא בגין הגנה שיפוטית על זכויות חשודים ונאשמים. בהינתן שראש הממשלה עצמו נאשם בפלילים, ושר בכיר הורשע יותר מפעם אחת, קשה לדמיין כיצד ומדוע היה נדרש חוק היסוד שהוצע כדי לכבול את ידיהם בזירה זו, שמא יפגעו באופן לא ראוי בזכויות חשודים ונאשמים. מי שבכל זאת סבור שראוי לכבול את ידי הכנסת בגין תחזית עלומה זו – מתעלם מכך שהכנסת היא שיוצרת את חוקי היסוד, ובכוחה לשנותם ואף לבטלם.

מעבר לכך, ההנחה כי מתן כלי הנשק החוקתי הפורמלי הישיר לבית המשפט יקנה מעמד עדיף להגנה על זכויות חשודים ונאשמים, שעיקר ההצעה סובב סביבם – חסרת בסיס, בשלושה מובנים מצטברים חשובים. המובן האחד הוא כי במישור הפלילי, בהקשרים רבים בית המשפט אינו האורגן אשר מגן על זכויות חשודים ונאשמים; הוא האורגן שפוגע בזכויות אלו. במובן זה, מתן הכוח החוקתי לבית המשפט לספק הגנה יתרה לזכויות חשודים ונאשמים – נראה תמוה, משום שהוא משקף תפיסה שבית המשפט יהיה גורם מפתח בפתרון. למעשה, בעולם הזכויות של חשודים ונאשמים,

⁵ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד כרך 55 (2005).

⁶ גדעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד 171, 178 (2010).

⁷ אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות אי-המשפט" מאזני משפט יב 55, 79 (2019).

בית המשפט הוא גורם מפתח בבעיה. בעיה זו עולה, בין היתר, בהפרת לשונו הברורה של החוק בדרך לפרשנות רחבה ומלאכותית של הדין המהותי, בשמם של ערכים, ובשפה החוקתית בשמו של האינטרס הציבורי;⁸ בתמרונים לשון בדרך לקבלת ראיות שלכאורה הושגו שלא כדין, בשמו של האינטרס הציבורי;⁹ ובהסמכת פרקטיקות שיטור הפוגעות בזכויות אדם, ובהתעלמות מכך שפרקטיקות אחרות אינן מוסמכות.¹⁰ המובן השני, כמפורט בהמשך, הוא שחלק מהזכויות בהצעה ממילא כבר הומשגו בפסיקה כחוקתיות. קשה לדמיין כיצד ומדוע תוביל המשגה פורמלית מפורשת לשינוי בדין הנוהג.

המובן השלישי והקשור הוא שאם מישהו סבור כי ההצעה חידשה בזכויות ואמירות מסוימות, בעצם העלאתן למדרגה חוקתית, הרי שעשרות שנים של מציאות משפטית מלמדות כי מדרגה זו פירושה בעיקר רטוריקה, וביתר חריפות, רטוריקת סרק. בשלושת ענפי המשפט הפילי, בעידן "המהפכה החוקתית", ניכרות שלוש מגמות שיפוטיות עיקריות: דחייתה של טענת הגנה חוקתית; קבלת טענת הגנה ואזכור הדין החוקתי, כאשר ברור מפסק הדין שבית המשפט היה מקבל את הטענה גם בלי הדין החוקתי; והמגמה הרווחת, התעלמות מוחלטת מהדין החוקתי בעת דיון בדילמות פרשנית. אפרט מעט.¹¹

במשפט הפילי המהותי, חוקי היסוד והשיח החוקתי על זכויות אדם כמעט ולא השפיעו.¹² קשה אפילו לאתר תקיפות חוקתיות של הדין המהותי; והבודדות שהובילו לדיון בבית המשפט העליון, נדחו. בעניין **סילגדו** בשנת 2002 הנשיא ברק והשופט לוי כתבו בדעת רוב, כי סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), אשר נחקק בשנת 1994 ומתיר להרשיע שותפים לעבירה פלוגית גם בעבירה אלמונית שביצע שותפם, אף שהלה עשה זאת בניגוד לתכנית העבריינית, פוגע בזכויות יסוד;

⁸ שם, בעמ' 71–73; אסף הרדוף "עקרון החוקיות: חזק על חלשים" **משפט ועסקים** כד 229, 247–248 (2022).

⁹ אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" **משפט וממשל** כ 141, 149–150, 159–156 (2019).

¹⁰ אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפילית" **דין ודברים** ח 33, 53–55 (2014); אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" **הסנגור** 224, 4, 6–7 (נובמבר 2015); אסף הרדוף "להכשיר את הפְּרָץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?" **משפטים על אתר** ט"ו 60, 68–69, 81 (2020).

¹¹ להרחבה: אסף הרדוף "המהפכה החוקתית שלא הייתה: תרומתו הזניחה של העידן החוקתי לשדה הפילי" **ספר שלום ג'ובראן** 849 (מוחמד ותד עורך, 2023).

¹² אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 296–298 (2012); עדיאל זימרון "מגמות במשפט החוקתי-פילי בישראל לאור ניתוח מושגי של "כבוד האדם" **משפטים** מט 383 (2019); מרים גור אריה "זכויות אדם והמשפט הפילי המהותי" **משפטים** נ 759 (2021).

אולם כל ההרכב דחה את התקיפה החוקתית.¹³ בעניין **תשעים הכדורים** בשנת 2004 נדונה חוקתיותו של האיסור על ארגון משחקים אסורים, בסעיף 225 לחוק העונשין, לאור פקיעת פסקת שמירת הדינים בחוק יסוד: חופש העיסוק; לא רק שהטענה החוקתית נדחתה, העותרים אף נזפו בגין בחירתם בתקיפה חוקתית.¹⁴ לבסוף, וכך באשר לתקנה שהובילה להרשעת פושטי יד בכותל בעניין **מושיא** בשנת 2020 דחה בית המשפט העליון טיעון חוקתי נגד תקנה שהובילה להרשעת פושטי יד בכותל.¹⁵ במקרים אחרים שבהם הוזכר הדין החוקתי, ניכר שבית המשפט היה ממילא לקראת מסקנת זיכוי, בגין בחירה בפרשנות מצמצמת משיקולים נורמטיביים או דוקטרינריים, כך שקשה לייחס השפעה ממשית לחוקי היסוד.¹⁶ במקרים אחרים, חוקי היסוד לא הוזכרו כלל במסגרת הדיון בדילמה הפרשנית: כך לקראת הרשעה,¹⁷ וכך אף לקראת זיכוי.¹⁸

בסדר הדין הפלילי ההשפעה החוקתית בישראל הייתה הגדולה מבין הענפים הפליליים. זאת בעיקר בדיני המעצרים, שכאמור זכו להתייחסות מפורשת בהצעה החדשה. בשנת 1995, שלושה ימים לאחר פסק דין **המזרחי**, התפרסם פסק דין **גנימאת**, מהמפורסמים עד היום בתחום החוקתי בישראל, והבהיר כי חוק היסוד משפיע פרשנית על עילות המעצר בחקיקה קיימת.¹⁹ בסדר הדין הפלילי אף צלחו מתקפות חוקתיות אחדות. כך באשר למעצר חייל לפני הבאתו לבית דין, בעניין **צמח** בשנת 1999;²⁰ כך באשר להפרטת בתי סוהר בעניין **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** בשנת 2009;²¹ וכך

¹³ ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

¹⁴ עת"מ 4436/02 **תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים** פ"ד נח (3) 782 (2004).

¹⁵ רע"פ 8182/18 **מושיא נ' מדינת ישראל** (נבו) 18.2.2020.

¹⁶ למשל רע"פ 9818/01 **ביטון נ' סולטן**, פ"ד נט(6) 554 פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005); רע"פ 2660/05 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל** פס' 35–39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 13.8.2008; ע"פ 9647/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** פ"ד סו(1) 213, 256 (2013); דנ"פ 404/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** פס' 3–5, 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו) 15.4.2015; ע"פ 6026/11 **טמטאווי נ' מדינת ישראל** פס' 79–81 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 24.8.2015; ע"פ 7128/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** פס' 15–18, 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו) 16.5.2018.

¹⁷ רע"פ 5166/14 **קרופצקי נ' מדינת ישראל** (נבו) 5.5.2015; רע"פ 8464/14 **מדינת ישראל נ' עזרא** (נבו) 15.12.2015; ע"פ 1828/14 **דאהן נ' מדינת ישראל** פס' 10–21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו) 27.6.2019; ע"פ 1195/19 **פלוני נ' מדינת ישראל** פס' 20 (נבו) 3.3.2020; ע"פ 4537/20 **הללי נ' מדינת ישראל** (14.9.2021).

¹⁸ דנ"פ 8613/96 **ג'בראין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 193 (2000); רע"פ 8736/15 **צוברי בנ' מדינת ישראל** (נבו) 17.1.2018.

¹⁹ דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(4) 586 (1995).

²⁰ בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999).

²¹ בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009). איני בטוח באשר לסיווג הסוגיה הזו כסדר דין פלילי או אפילו כמשפט פלילי. נוכח הסדרתה את נציגי המדינה המפעילים סמכות פוגענית, התייחסתי אליה פה.

באשר להארכת מעצר בעבירות ביטחון ללא נוכחות החשוד בעניין פלוני בשנת 2010.²² עם זאת, במבט רחב קשה לזהות שינוי חוקתי ממשי אפילו בסוגיית המעצר.²³ למשל ניסיונה של השופטת דורנר להעלות את הרף הראייתי למעצר עד תום ההליכים נכשל בכירור למול יתר חבריה.²⁴ גם כיום חוזרת הטענה על ריבוי מעצרים בישראל.²⁵ תיקוני חקיקה, שהגבירו את הפגיעה בזכות הפרט לחירות ממעצר, לא זכו בביקורת חוקתית כלל.²⁶ סוגיות דיוניות אחרות זכו להתייחסות שיפוטית חוקתית נקודתית, למשל באשר להתפתחות ההגנה מן הצדק בשנת 1996 בעניין יפת,²⁷ באשר להפעלת כוח פיזי בחקירת חשודים בשנת 1999 בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים,²⁸ ובבקשת מורשע לעיכוב ביצוע של עונשו עד לדיון בערעורו בשנת 2000 בעניין שוורץ.²⁹ אולם בשפע סוגיות בולטות בדין הדינוני דלה השפעתם של חוקי היסוד, דוגמת בקשות לחומר חקירה, פומביות הדיון, שינוי עילת סגירה של תיק, דיני החיפושים בכלל ודיני החיפושים במחשב בפרט.³⁰

בדיני הראיות דלה מאוד השפעתו של הדין החוקתי. דוקטרינת הפסילה, השעונה על חוקי היסוד, היא ביטוי מפורסם יחיד להשפעה כזו, עניין יששכרוב משנת 2006.³¹ הדוקטרינה בוקרה בחריפות בספרות המשפטית, בגין יחסיותה ובגין יישומה רק במקרים שבהם הדבר כרוך במחיר ציבורי זניח.³² אפילו השפעה צנועה כזו – אינה

22 כ"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד סג(3) 500 (2010).

23 כדברי השופט חשין: "חירות וכבוד היו גם לפני היות חוק יסוד זה, ואותם חירות וכבוד די היה בהם, לדעתי, די והותר, כדי להעמיד עילות מעצר – על דרך העיקרון – רק על התכליות המנויות בסעיף 21א(1) לחוק": דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 639.

24 כישלונה הבולט ביותר היה בניסיון לצמצם את המונח "ראיות לכאורה" ובאמצעותו לצמצם את תופעת המעצר עד תום ההליכים. ראו כ"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996). עוד ראו דליה דורנר "השפעת חוק יסוד: כבוד האד וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד 13 (1997).

25 רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 17–18, 20 (2011); הסנגוריה הציבורית דוח פעילות לשנת 2015, 34–35 (2015); גיא לוריא מדיניות ריבוי המעצרים ופגיעתה בשוויון (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018); הסנגוריה הציבורית דוח פעילות לשנת 2018, 33–40 (יוני 2019); הסנגוריה הציבורית דוח פעילות לשנת 2019, 33–39 (2020).

26 ס' 53 (א) 62 (ב) לחוק המעצרים, כנוסחם לאחר (תיקון מס' 8) תשע"א-2011.

27 ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353 (1996).

28 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(4) 817 (1999).

29 ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 271–274 (2000).

30 למשל דנ"פ 1062/21 אוריך נ' מדינת ישראל (נבו) 11.1.2022.

31 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 78, פס' 48–49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

32 בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אזכובה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא 19, 67, 80–81 (2007); יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda, Mirandita" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי

עולה באפיקים אחרים בדיני הראיות. למשל, קבלת עדות שמועה פוגעת ביכולת לחקירה נגדית אפקטיבית, חקירה שניתנת לתיאור כזכות יסוד, ³³ "מזכויות היסוד החשובות ביותר של הנאשם במשפט פלילי". ³⁴ אף שחריגי הכלל הפוסל עדות שמועה פועלים ברובם המכריע לטובת התביעה והאינטרס הציבורי, ולרעת הנאשם וזכויותיו, ³⁵ הדין החוקתי לא השפיע באפיק זה. בדיון הנוסף בעניין חג' יחיא בשנת 1993, שישה שופטים מול חמישה הסכימו להישען על סעיף 10א לפקודת הראיות כדי לקבל את אמרתו של אדם שלא פצה פיו בבית המשפט. דעת המיעוט, שתקפה בחריפות את עמדת הרוב כחורגת מלשון החוק וכפוגעת יתר על המידה בזכויות הנאשם, הפנתה בקיצור נמרץ לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כתימוכין. ³⁶ חוקי היסוד לא שינו את פרשנות מרחיקת לכת זו גם בהמשך. ³⁷ זהו המצב גם בעניין קרוב, חריגי הרס גסטא. ³⁸ כך גם בעניין עדות ילדים המוגשת באמצעות חוקר ילדים, בהתאם לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955, הסדר חסר תקדים בעולם, בפגיעה בנאשם שהוא מתיר, ³⁹ בשולל את זכותו לפגוש את מאשימו ולחקרו בחקירה

בהלכת יששכרוב "משפטים לו 492-460, 429 (2007); Binyamin Blum, *Doctrines Without Borders: The "New" Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*, 60 STAN. L. REV. 2131, 2139-72 (2008); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 25, 30-49 (2012); הרדוף, "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 9, בעמ' 160-163. אליהו הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" **משפטים** יב 575, 580 (1982).

³³ ע"פ 414/71 **סלטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 346, 351 (1973).
³⁴ גיא בן דוד "מבט דסקריפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" **משפט ועסקים** כב 1, 48-49 (2019).
³⁵ דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז(3) 661, 694 (1993). דעת הרוב, של הנשיא שמגר והשופטים גולדברג, ברק, ש' לוי, נתניהו ואור, לא התייחסה לחוק היסוד כלל.

³⁶ ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל** פס' 17-18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו) 7679/14 **זהאדה נ' מדינת ישראל** פס' 46 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 15.8.2016.

³⁷ ע"פ 7293/97 **זיאפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460, 469, 472 (1998); ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סו(2) 772, פס' 9-11 לפסק דינו של השופט סולברג (2013); ע"פ 3263/13 **בן שטרית נ' מדינת ישראל** פס' 61-68 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו) 19.3.2017.

³⁸ ע"פ 7293/97 **זיאפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460, 469, 472 (1998); ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סו(2) 772, פס' 9-11 לפסק דינו של השופט סולברג (2013); ע"פ 3263/13 **בן שטרית נ' מדינת ישראל** פס' 61-68 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו) 19.3.2017.
³⁹ שי ניצן "עדות קטין בעבירות-מין – בחינה מחדש" **משפטים** יח 297, 297-298 (1988); אליהו הרנון "עדות ילדים בעבירות-מין – האם לא הגיעה השעה לעיין מחדש בהסדר הישראלי?" **משפטים** כד 151, 152 (1994); אהרון מלמד "העדת ילדים בבית-המשפט בעבירות מין – תגובה להצעותיו של השופט א' סטרשנוב" **הפרקליט** מג ג 453, 453, 456 (1997); הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי** 242 (2003).

נגדית.⁴⁰ חוקי היסוד לא הובילו כל שינוי בתחום.⁴¹ כך גם בנושאי הכשרות להעיד,⁴² החסינות,⁴³ ודיות הראיות.⁴⁴ ההצעה החדשה אף כוללת, כזכור, סעיף שמירת דינים, אשר מבטיח כי חקיקה ישנה ובעייתית – מוגנת מפניו.

הבשורה הדלה של חוקי היסוד הוותיקים בזירה הפלילית נובעת, אולי, מכך שהמשפט הפלילי הוא שדה בעל נורמות ראיות, וכלים שיפוטיים עצמאיים המאפשרים לבית המשפט להתמודד עם דילמות פרשניות ולהגיע לתוצאות הולמות בעיניו.⁴⁵ לחלופין, ייתכן שהדין החוקתי כשל לשנות הסדרים בלתי ראויים ובלתי מידתיים במשפט הפלילי, משום שנושאי הזכויות העיקריים בו, חשודים ונאשמים (במיוחד בהצעה החדשה), אינם זוכים לפופולריות ציבורית או פוליטית.⁴⁶ כך או כך, אין בסיס לסבור שחוק יסוד חדש, ועוד כזה שנעדר חידושי תוכן, יוביל בשורה. אז מה הטעם לפנות לדין החוקתי? דין זה לכאורה מסוגל לייצר שינוי-איזון בשדות משפט אחרים, באשר לדוקטרינות ופרקטיקות, במיוחד כאלו הכרוכים בהפרת זכויות אדם בידי המדינה.⁴⁷ אולם אם הדין הקיים בשדה אחר ראוי כשלעצמו, אין צורך במשפט חוקתי לגביו; ואם הדין האמור אינו ראוי, אך חרף זאת הדין החוקתי לא השפיע עליו, הרי שאין בו טעם אופרטיבי.⁴⁸ מבט במשפט הפלילי בישראל מלמד כי הדין החוקתי אינו משנה-איזונים ושובר-שוויון, אלא לכל היותר משנה-רטוריקה. חוק יסוד חדש צפוי להמשיך את שינוי הרטוריקה. במקום להפנות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ולעיתים מעטות לחוק יסוד: חופש העיסוק), יפנו בית המשפט מכאן ואילך לחוק יסוד: זכויות במשפט. אולם בשביל שינוי רטוריקה לא נחוצה סמכות מכוונת.

40 Sophia Rowlands, *Expanding the Availability of Closed-Circuit Child Testimony in the Face of the Confrontation Clause*, 37 MCGEORGE L. REV. 294, 295–97 (2006).

41 דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621 (1994); ע"פ 3204/17 מדינת ישראל נ' פלוני פס' 33–46 לפסק דין השופט עמית (נבו 24.1.2018).

42 ע"פ 4454/98 עבאס נ' מדינת ישראל (נבו 24.2.1999); ע"פ 7895/04 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 2.8.2006).

43 ע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי פ"ד נב(1) 749 פס' 18–21 (1998); רע"פ 4574/99 מדינת ישראל נ' לגזיאל, פ"ד נד(2) 289 (2000); רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (2003).

44 ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד מז(1) 292, 302 (1993); ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62 (1993); רע"פ 4142/04 סמל (מיל') מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד סב(1) 378 (2004).

45 אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2002).

46 אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנראטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי" מאזני משפט יא 271, 288–292 (2017).

47 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 633, 641.

48 השוו לטיעון בדבר חוסר כוחו של סעיף 34 לחוק העונשין לאור היעדר שינוי האיזון שהביא: אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה" ספר אשר גרוניס 779, 794–803 (2023).

(ב) סמליות כהצדקה לחוק : יסוד?

באופן כללי ניתן לסבור כי החוק משרת גם תפקיד סמלי, בהבעת ערכי החברה ומחויבויותיה.⁴⁹ כך גם בהקשר הפלילי, אשר לכאורה נושא גם תפקיד אקספרסיבי.⁵⁰ באופן קונקרטי, ניתן לגרוס כי יש ערך אקספרסיבי מיוחד בשילובו של תוכן כזה ואחר בחוק: יסוד דווקא. האם טיעון כזה מצדיק את המהלך המשתקף בהצעה? סבורני שלא.

בקשר למשפט הפלילי נכתב, כי השענתו של דין על תרומתו האקספרסיבית מייצרת בעיות מורכבות אשר כוללות, בין היתר, עמימות במסרים, אי-הגעתם לקהל היעד, סתירות במימוש המסרים ואף סטייה ברורה מתוכנם, אשר חותרת תחת המסר המקורי.⁵¹ התפקיד האקספרסיבי המיועד, הכרוך בשליחת מסרים עקיבים, הוא מורכב ואולי אף בלתי-אפשרי בשיטת משפט שבה הדין הפלילי רחב ועשיר בתוכן ובמתווכים.⁵²

באופן כללי, תיאוריות של חוק אקספרסיבי זכו לביקורות מגוונות.⁵³ בין היתר נכתב כי מערכת המשפט משתמשת לא אחת בעלי תאנה, שמטרתם לאותת ולהסתיר: לאותת ולשלוח מסר ליברלי נאה ביד אחת, ולהסתיר אמת בלתי נוחה ביד האחרת.⁵⁴ כך למשל בישראל חקיקה אשר מגנה על בעלי חיים ופסיקה עם רטוריקה רחבה של הגנה מייצרות רושם חיובי, אך מסלפות, מעלימות או מתעלמות ממציאיות קשה רחבה ועמוקה.⁵⁵ באשר למשפט הפלילי נכתב, כי הסמליות מתפשטת במערכת הדין הפלילי ושולחת מסרים שונים, חלקם ישירים ומכובדים וחלקם מטעים, כאלו שנועדו להסתיר את הפירוכות, הסתירות, אי השוויון והצביעות של המערכת.⁵⁶ עוד נכתב כי הכרזה

Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. 49

Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of* ;L. REV. 338, 391, 397–407 (1997)

Expressive Law, 79 OR. L. REV. 339, 358–59 (2000)

Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2044 50

Michael C. Harper, *Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation* ;(1996)

Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal* ;*Later*, 76 B.U.L. REV. 23, 26 (1996)

.Codes, 4 BUFF. CRIM. L. R. 515, 537–38 (2000)

William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 51

.520–523 (2001)

.William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1894–97 (2000) ה⁵²שוו:

Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35, 50 53

(2002).

Mark Tushnet, *Principles, Politics, and Constitutional Law*, 88 MICH. L. REV. 49, 56, 54

.62, 69–71, 76–77 (1989)

אסף הרדוף "התעללות ראווה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" *דין ודברים* י 141, 55

(2017) 181–180

John F. Decker, *Symbolism and the Criminal Justice System*, in CRIMINAL SCIENCE IN 56

A GLOBAL SOCIETY: ESSAYS IN HONOR OF GERHARD O. W. MUELLER 263, 280

(Edward M. Wise, ed., 1994).

חקיקתית ללא יישום הופכת חלולה וסמלית, ועלולה להשלות את הציבור ולהסתיר חלל ריק, לבקש להועיל למוסדות המשפט בקבלה ציבורית ובציות, אך גם להוביל לאכזבה ציבורית, לאי-ציות אזרחי ואף לתוהו ובוהו; וכן כי הפיכת הזכויות החוקתיות למציאות עבור האזרחים תלויה הרבה יותר בגישות ובפעולות של שוטרים אינדיבידואלים מאשר בתוכן חוקתי.⁵⁷

באופן קונקרטי, לאור המצב המשפטי הלכה למעשה בישראל מזה עשרות שנים, כמתואר בפרק זה, איני רואה כיצד טיעון הסמליות מצדיק חוק יסוד חדש, שיעביר מסר שבהקשרים רבים אינו מתיישב עם הפסיקה, ובהקשרים לא מעטים אף עומד בסתירה חזיתית לה.

2. בשורה בתוכן?

החידוש הנוגע לאכסניה החוקתית לא נשא בשורה. האם ההצעה נשאה בשורה תוכנית? ההצעה לא הכריזה על עצמה כמחדשת תוכן, לעומת החידוש אשר בעיגון חוקתי מפורש, שידון בהמשך. עדיין, חלק מחשיבותה הפוטנציאלית של הצעה לחוק יסוד חדש נוגע ודאי לחידושה התוכני. תוכנה מזמין מבט בדין הקיים כדי לדאות במה ההצעה שינתה והוסיפה לו. במבט כזה עולה, כי מרבית הסעיפים שהוצגו לעיל אינם כוללים תוכן חדש, ששינה את הדין הקיים. בפרק זה אדון בסעיפים הפליליים שהוצעו ואבחן אם הם חידשו משהו בדין כמכלול: ביחס לחוק הקיים, מצד אחד, ולפסיקה הקיימת, מצד אחר.

(א) סדר דין פלילי

סעיף 3 – זכות להליך הוגן

חידושו של סעיף 3 ביחס לחקיקה הקיימת הוא צנוע, ואין בו כל חידוש ביחס לפסיקה הקיימת. החקיקה הקיימת אינה מכירה באופן כללי בזכות להליך הוגן. עם זאת, רעיון זה עולה בהקשרים מגוונים בחקיקה, לאו דווקא בהמשגה של "הגינות". למשל סעיפים 184 ו-216 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ), עוסקים בהזדמנות סבירה להתגונן כתנאי חיוני לשינוי חזית כזה ואחר במשפט. סעיף 149(10) לחסד"פ, המכונה בפרקטיקה "הגנה מן הצדק", כונן טענה מקדמית שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".⁵⁸ טענת הגנה שלפיה על הליך להיות הוגן – מוכרת היטב בהקשר זה, ומוזכרת בתזכיר ובהצעה.⁵⁹ היא אף כוללת "שיניים"

⁵⁷ Christopher E. Smith, *Law and Symbolism*, 1997 DET. C.L. REV. 935, 943–52 (1997)

⁵⁸ לסקירת התפתחות הטענה: ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 47–62 (מהדורה שנייה, 2009).

⁵⁹ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 694–695.

מסוימות, למשל במונח כוחה להוביל לתיקון האישום או לביטולו, כעולה מסעיף 150 לחסד"פ. "הגינות" היא כמונח מושג מופשט מאוד, ואפשר לגרוס שהליכים רבים כוללים מנגנונים להבטחת הגינות, אף שאין קושי לטעון שקיימים הליכים שאינם הוגנים במיוחד.

כך או כך, חידושו של סעיף 3 ביחס לפסיקה – לא התקיים כלל. הזכות להליך הוגן מוכרת היטב בפסיקה בישראל, וכך גם מעמדה החוקתית. בית המשפט העליון ציין למשל שהיא "זכות כבוד משקל",⁶⁰ "זכות חוקתית",⁶¹ "זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם ומן הזכות לחירות"⁶² ואף "זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה",⁶³ מ"נשמת אפה של הדמוקרטיה".⁶⁴ למעשה, דומה שאין יומרת חידוש בסעיף: "מטרתו של הסעיף המוצע היא לעגן במפורש את הזכות להליך הוגן, אשר מהווה עקרון מרכזי בכל הליך שיפוטי ובכלל זה במשפט הפלילי" (ההדגשה במקור).⁶⁵

סעיף 6 – חזקת החפות

חזקת החפות לנאשמים טרם נחקקה במפורש. עם זאת, ניתן להסיק את מהותה מהחקיקה. החסד"פ, בחלקים רבים ממנו, מציג מבנה כרונולוגי של התקדמות ההליך הפלילי בכלל, והליך בירור האשמה בפרט. סעיף 182, הכרעת הדין, קובע כי הזיכוי או ההרשעה יגיעו בתום בירור האשמה, בהחלטה מנומקת בכתב. ברוחו, במבנהו ואף בשפתו ברור שאין החסד"פ נוקט הנחת מוצא של חזקת אשמה, ושההליך בנוי במידה רבה כדי לברר באופן הוגן, תוך שמיעת עדים וקבלת ראיות, את האשמה. הוראה משלימה, סעיף 34 כב לחוק העונשין, מוזכרת במפורש בתזכיר ובהצעה:⁶⁶ "א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר. (ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחזרות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג." אומנם אין חפיפה מלאה בין שאלת הספק הסביר לחזקת החפות לנאשמים, אך ניתן להבין שהנחת המוצא אינה של אשמה, כי אם של חפות. אף המילה "נאשם" שונה, ולא בכדי, מהמילה "אשם".

⁶⁰ ע"מ 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון "דה מרקר" פס' 19 לפסק דין השופטת כדימ' ארבל (נבו) 22.09.2014.

⁶¹ דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש פס' 16 לפסק דין הנשיאה ביניש (נבו) 9.1.2012.

⁶² בש"פ 7365/13 פלוגי נ' מדינת ישראל פס' 9 לפסק דין השופטת ברק-ארו (נבו) 11.11.2013.

⁶³ בע"מ 9447/16 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה פס' 12 לפסק דין השופט מלצר (נבו) 28.2.2017.

⁶⁴ בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הבטחון הכללי פס' כד לפסק דין המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו) 7.2.2017.

⁶⁵ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 694.

⁶⁶ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699.

אין צורך להעמיק בפסיקה כדי להסיק כי חזקת החפות אינה בשורה חדשה. חזקה זו מוכרת בישראל למן קומה, כרעיון מופשט היא משקפת קונצנזוס רחב, והכרה בה לא הייתה מחדשת תוכן.⁶⁷ אומנם, ניתן לבקש ולגזור מחזקה זו סעדים אופרטיביים חדשניים, כמו למשל הגבלה על פרסום שמות חשודים ונאשמים עד להכרעת דינם. אולם אין כל יסוד בתזכיר שמישהו כיוון לכך, מצד אחד; ואילו מצד אחר, אין יסוד לסברה שבית המשפט יחתור בכיוון זה, כיוון שאליו סירב בעקיבות לחתור גם ב"עידן החוקתי".⁶⁸

סעיף 7 – סיכון כפול

סעיף זה, "אין להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבשלו הורשע או זוכה בעבר בהליך פלילי", לא הופיע בתזכיר כלל. סעיף 5 לחסד"פ קובע נוסח דומה, אולם מחריג אותו כאשר המעשה הנדון גרם למותו של אדם. סעיף 149(5) מאפשר לנאשם להעלות טענה מקדמית שלפיה הנאשם כבר זוכה או הורשע בשל אותו מעשה. לכאורה יש בהצעה חידוש צנוע לעומת החוק הקיים, במובן שאין בה החרגה למצב שהמעשה הנדון גרם למותו של אדם. אולם לבד מהיעדר כל בסיס להסיק שלכך כיוון מישהו, בהיעדר כל התייחסות בתזכיר לעניין זה, הרי שממילא נפקותו המעשית של הסעיף האמור היא צנועה. זאת לאור הפרשנות השיפוטית אשר לפיה המונח "מעשה" מכונן לא לפרשה עובדתית, אלא לרכיב ההתנהגותי בעבירה נתונה, כך שאין מניעה לשפוט את אותו אדם על עבירה נוספת שהתגבשה בגין יסודות אחרים.⁶⁹ אף בהקשרים צנועים יותר עבור הפרט הנאשם, במובן הגנתו מפני ענישה כפולה בלבד ולא מפני הליך כפול, אומנם היה תקדים לזיכוי מעבירת הריגה בקביעה שיפוטית ברוב דעות שירי קטלני מהיר לעבר שני אנשים הוא "מעשה" אחד,⁷⁰ אולם היה זה מהלך חריג ביחס לפסיקה קודמת,⁷¹ מהלך שבית המשפט העליון מיהר לסייגו, שלא לומר להתנער ממנו.⁷²

⁶⁷ בערעור הראשון במדינת ישראל כתב בית המשפט העליון על הספק הסביר ועל "חזקת הכשרות", בכוונו לרעיון שאדם חף כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר: ע"פ 1/48 סילבסטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5, 18–19 (1948).

⁶⁸ אסף הרדוף "מין תמורת מינוי, חשד תמורת גינוי: על זכות הציבור לשפוט את השופטת" המשפט ברשת 5 90 (יוני 2019); אסף הרדוף "ההליך הוא הביוש: השיימינג של הפרוצדורה הפלילית" משפט ועסקים כג 411 (2020).

⁶⁹ ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא (3) 1544 (1957); ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 798 (1974).

⁷⁰ דנ"פ 3371/98 אזולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 502 (2000).

⁷¹ למשל ע"פ 104/89 דרווי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (1) 843 (1990); ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (5) 289 (1997).

⁷² ע"פ 5841/01 ביטון נ' מדינת ישראל, פס' 11 – 12 לפסק דינו של השופט חשין (נבו) 18.9.2000.

סעיף 7 – הפללה עצמית

זכויות הנוגעות להימנעות מהפללה עצמית קיימות בחקיקה בישראל. העוגן הראשון ותיק מאוד, אך בתוקף: סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927. כותרתו, "חקירת עדים ע"י קצין משטרה וכו'", מראה הן את ארכאיותו (בשימוש במילה "וכו'"), והן שאינו מתמקד בשפת הזכויות. סעיף 2(1) מכונן סמכות לקצין משטרה לחקור עבירות; וסעיף 2(2) מחייב את הנחקר להשיב נכונה על כל השאלות, "חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית". סעיף 47(א) לפקודת הראיות, התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) פוטר אדם מהחובה למסור לרשות ראייה "אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה". במשפטו של אדם אחר, עמידתו של עד על הפטור עשויה להוביל את בית המשפט לחייבו במסירת המידע, אך אז לא ישמשו הדברים לחובתו במשפטו שלו, אם יהיה כזה, כעולה מסעיף 47(ב). סעיף 47(ג) מבחיר כי נאשם שבחר להעיד במשפטו שלו, אינו יכול ליהנות מהפטור. סעיף 161 לחסד"פ מתיר לנאשם להעיד כעד הגנה אם יבחר בכך, או להימנע מלהעיד, שאז איש אינו יכול לכפות עליו עדות. בד בבד, שתיקתו עלולה להוות תוספת חשובה ואף מכרעת לראיות התביעה, כעולה מסעיף 162. התזכיר וההצעה מזכירים את כל הסעיפים הללו.⁷³

כבר מבחינת החוק הקיים, ההצעה לא חידשה דבר, כך שאין אפילו טעם לפנות לפסיקה. לצד זאת אטעים שתי נקודות. ראשית, הן החוק הקיים והן ההצעה אינם שוללים את הפגיעה הראייתית העולה כנגד מי שבחר לשתוק בחקירתו או במשפטו, פגיעה שהתזכיר וההצעה ציינו.⁷⁴ ניכר שההצעה חיה בשלום עם הדיסוננס של הכרה בזכות חוקתית מצד אחד, ויצירת תג מחיר כבד למשתמשים בה, מצד אחר.⁷⁵ שנית, הן החוק הקיים והן ההצעה לא התייחסו למצבים שבהם המשטרה פוגעת, מבחינה אופרטיבית, ברציונלים אשר בבסיס החיסיון מהפללה עצמית, דוגמת שימוש במדובב,⁷⁶ ודוגמת שקרי חוקרים.⁷⁷ ההצעה מזכירה את סעיף 28(א) לחוק המעצרים, העוסק במעצר משטרתי ומחייב את הקצין הממונה לשמוע את טענות החשוד, אך להזהירו תחילה שאינו חייב להפליל את עצמו. ההצעה לא חייבה להזהיר את החשוד לפני שיפליל את עצמו, ולא אסרה על הטעייתו המכוונת.

⁷³ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11–13; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 702–703.

⁷⁴ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 703.

⁷⁵ רינת קיטאי סנג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר-מה נוסף להודאה בחקירה" **משפט וצבא** 18, 31, 65–69 (תשס"ו).

⁷⁶ ניר פלטר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מאזני משפט** ג 439, 456–466 (2004).

⁷⁷ רינת קיטאי סנג'רו "איסור לשקר לחשוד באשר לקיום ראיות מפלילות" **מחקרי משפט** לב 315, 347 (2019).

סעיף 9 – זכות היועצות וייצוג

סעיף 4(א) לתזכיר הקנה זכות להיוועצות בעורך דין בחקירה פלילית ללא דיחוי; סעיף 9(א) להצעה הסיר את המילים "ללא דיחוי". כך או כך, תוכן זה חידש חלקית ביחס לחקיקה. סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) קובע ב"ו הלשון: "א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. (ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי. (ג)..."⁷⁸. חידושו של סעיף המשנה היה צנוע, אך קיים, בכך שלא הוגבל לחשודים עצורים. אולם התזכיר, שהסביר את חשיבותה של זכות היועצות, הפנה רק לפרשות שבהן דובר בעצורים,⁷⁸ והטעים שוב ושוב את חשיבותה (רק) בקשר למעצר חשוד.⁷⁹ אף שדברי ההסבר כוללים את המילים "כזכות יסוד של כל אדם הנחשד בפלילים",⁸⁰ לא ניכר בתזכיר שעיקרו, או אפילו שוליו, באו לסתור את ההבחנה המשתמעת בין עצור לבין חשוד אחר. בד בבד, זכות היועצות בקשר לחשודים שאינם עצורים היא ממילא רעיון פסיקטי מוכר היטב, שאף הוביל את הנשיאה ביניש כבר בשנת 2009 לפסול הוראה ולזכות מורשע בעבירת הריגה בגין ספק של פגיעה בזכות זו.⁸¹ כלומר, הסעיף לא שיקף חידוש כלשהו ביחס לפסיקה.

סעיף 9(ב) הקנה זכות לייצוג בידי עורך דין ולהיוועץ בעורך דין בכל הליך פלילי בענייני בפני רשות שיפוטית. זהו חידוש מסוים ביחס לחקיקה. החסד"פ כולל הוראות כלליות בקשר לסניגורים, ובמקרים מסוימים מחייב למנות סניגור אשר ייצג את הנאשם, כעולה מסעיף 15.⁸² כעולה מסעיף 16, סניגור כזה "ייצג את הנאשם בכל הליך לפני שופט או בית משפט, לרבות בערעור, זולת אם הורה בית המשפט אחרת". אף שלא נכתב במפורש בחסד"פ, הנחת המוצא של החוק היא שהסניגור – במינוי בית המשפט או במינוי הנאשם – מייצג את הנאשם בבית המשפט.

⁷⁸ ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא(1) 461 (2006); ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009); ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל (נבו) 3.7.2008; ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ו(3) 274 (2002). ראו התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

⁷⁹ "חקירה על ידי אנשי מרות מהווה אירוע מורכב הכרוך בלחץ רב עבור כל מי שנחקר בתנאי מעצר"; "... להבטיח שאדם הנחשד בביצוע עבירה פלילית, ומוכא למעצר..."; "בקנדה ובניו-זילנד ניתן לזכותו של עצור להיוועץ..."; "...והוא קובעת, בדומה לקנדה, כי לכל עצור הזכות להיוועץ". התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3-4. זו גם רוחה של ההצעה: הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 703-704.

⁸⁰ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

⁸¹ ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל פס' 12, 13, 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו) 4.11.2009.

⁸² גם חוק המעצרים מחייב מינוי כאמור בקשר לדיון במעצר עד תום ההליכים, כעולה מסעיף 21(ג).

לא למותר להזכיר שקיימים הליכים אינקוויזיטוריים במשפט הפלילי בישראל, בבית המשפט ומחוץ לו, דוגמת בקשות לצווי חיפוש⁸³ וצווי האזנת סתר.⁸⁴ הן החוק הקיים והן ההצעה אינם מייצרים זכות ייצוג ואפילו זכות טיעון להגנה בהליכים אלו, ואין כל ראייה בתזכיר שמישהו כיוון לכך. אין אף ראייה לכך שבית המשפט יחתור לכך, משום שגם היום, בהיעדר חוק שאוסר לשמוע סניגור לפני חדירה לחומר מחשב, בית המשפט העליון קבע שאין לאפשר זאת.⁸⁵

לשון אחר: אף שההצעה הטעימה את חשיבות הייצוג באופן מופשט, היא לא הכניסה סניגור ולו לדיון שיפוטי יחיד שאליו טרם נכנס. במובן זה, שוב היא לא חידשה דבר. למקרא דברי ההסבר בתזכיר, ספק אם ביקשה מבחינה תוכנית לחדש דבר מה, לבד מעצם ההכרזה על הזכות.⁸⁶

סעיף 10 – זכויות בהליכי מעצר

סעיף זה לא חידש דבר ביחס לחוק הקיים. סעיף 8(א) קובע: "מעצר ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין". זהו שכתוב כמעט מדויק של סעיף 1(ב) לחוק המעצרים: "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". המילה "עיכובו" הושמטה, והוספו המילים "על גופו" ו"לפי כל דין".

סעיף 8(ב) להצעה קבע: "כל עצור זכאי שיוודיעוהו ללא דיחוי את סיבת מעצרו". סעיף 24(א) לחוק המעצרים קובע: "העוצר אדם... יודיע לו מיד שהוא עצור ויבהיר לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר". שוב, ההצעה שכפלה חקיקה קיימת.

סעיף 8(ג) להצעה קבע: "כל עצור זכאי להיות מובא בהקדם האפשרי בפני רשות שיפוטית". ניתן לכאורה לקרוא את סעיף זה כבשורה המאיינת את הכוח המשטרתי להחזיק אדם לאחר מעצרו בתחנת המשטרה, אפילו ל-24 שעות. סמכות זו מעוגנת כיום במפורש. סעיף 25(א) לחוק המעצרים קובע: "שוטר שעצר אדם ללא צו מעצר, יביאו, ללא דיחוי, לתחנת משטרה". סעיף 29(א) קובע: "מי שנעצר בידי הקצין הממונה לפי סעיף 27 יובא בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-24 שעות, בפני שופט". ואילו סעיף 31(ב) קובע: "לא הובא העצור בפני שופט, בהקדם האפשרי, לפי סעיף קטן (א) או לפי סעיף 29, לפי הענין – ישוחרר העצור". אולם אף שבקריאה לשונית ניתן לסבור כי יש בהצעה בשורה, ברור שלא לכך הכוונה. התזכיר הפנה במפורש

⁸³ סעיפים 23, 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט-1979 (להלן: פקודת החיפוש).

⁸⁴ סעיף 6(ב) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר).

⁸⁵ דנ"פ אוריך, לעיל ה"ש 30.

⁸⁶ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4-5. וכן: הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 704.

להוראות חוק אלו, ולא רק שנמנע מלערער עליהן; הוא אף הזכיר שלעיתים החוק מאפשר מעצר משטרתי ממושך יותר.⁸⁷

סעיף 11 – זכויות בהליכי חקירה

סעיף 9(א) להצעה קבע: "חקירת עבירה תיעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין". הסעיף כונן דרישה מופשטת מאוד בהקשר קונקרטי: החקירה. החקירה המשטרית, מסועפת ומורכבת ככל שתהיה, טרם זכתה בהסדרה חקיקתית מפורטת בישראל. סעיף 59 לחסד"פ מחייב את המשטרה לפתוח בחקירה בעת שנודע לה על עבירה, בחריג מסוים, אך אינו קובע כיצד תתנהל החקירה. חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: חוק חקירת חשודים) כולל הוראות מצומצמות באשר לשפת החקירה, שעות החקירה, מיקומה ותיעודה; אך אינו מפרט מה מותר ומה אסור לעשות בחקירה, ואף אינו כולל סעיף הצהרתי כללי על שמירת כבוד הנחקר. במובן זה, הסעיף שהוצע חידש ביחס לחוק. לעומת זאת, אין כל חדש ברעיון שחקירה צריכה לשמור על כבוד האדם, גופו וזכויותיו; זו אמירה ותיקה, בנאלית, שאיש אינו מערער עליה בבית המשפט, בתביעה ובמשטרה.

בד בבד לא למותר להדגיש, כי בישראל אין כמעט בכלל הליכי פיקוח שיפוטי על החקירה המשטרית בזמן אמת. קיים בדל של בקרה באשר לחקירתו של עצור, אולם בדל זה סובב סביב שאלת המעצר, ובסיס הדיון דל במיוחד ושעון על דוחות חקירה שאף אינם נחשפים בדיעבד להגנה כדי לאפשר סיכוי פיקוח מאוחר. בד בבד, אין כל מימד של פיקוח באשר לחקירתו של מי שאינו במעצר. מחוקק אשר מבקש להבטיח הגינות של החקירה, מוטב יפנה תחילה לייצר הליכי פיקוח נאותים, ורק בהמשך ייגש לכלי החוקתי (עניין שאשוב אליו בהמשך). ללא הליכי פיקוח ומסגרת פיקוח, אין בסיס לסברה כי יולד כזה יש מאין בשמו של המשפט החוקתי.

סעיף 9(ב) להצעה קבע: "אדם זכאי שיודיעוהו את החשד המיוחס לו לפני גביית הודעתו כחשוד". ככתוב לעיל, חוק המעצרים מחייב להודיע לאדם את סיבת מעצרו, ומטבע הדברים היא מתקשרת לחשד המיוחס לו. זהו חידוש ביחס לחוק הקיים, אך כמובן לא ביחס לפסיקה.⁸⁸

סעיפים 13-15 – אוכלוסיות מיוחדות

אין חידוש תוכני בשלושת הסעיפים הבאים, העוסקים בפרוצדורה באשר לסוג מיוחד של אוכלוסיה: קטינים, מוגבלים ומתקשי-שפה. סעיף 13 קבע: "מימוש הזכויות של קטין לפי חוק יסוד זה ייעשה גם בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו; היה הקטין חשוד, נאשם או נידון, יינתן משקל ראוי לטיפול בו ולשילובו בחברה, בעת

⁸⁷ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16-17; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 706-707.
⁸⁸ בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163, 169-176 (תשס"ה-תשס"ו).

הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו". החוק הבולט ביותר המסדיר את הטיפול בחשוד, נאשם ונידון קטין הוא חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). לצד סעיפים רבים המתייחסים לקטין כאמור באופן מיוחד ומקל לעומת בגיר, סעיף 1א(א) וסעיף 1ב(א) קובעים תוכן דומה מאוד, וברור שהצעה לא חידשה לעומתם. גם סעיף 40טו. לחוק העונשין, העוסק בענישת קטין ומפנה במפורש לחוק הנוער, מציין בסיומו כי "בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה, תוך התאמתם לענישת הקטין...".

סעיף 14 להצעה קבע: "אדם עם מוגבלות זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם מימוש זכויותיו לפי חוק יסוד זה בהליך פלילי שהוא צד לו". חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו-2005 מסדיר באופן מפורט את החקירה והעדות של אנשים המוגבלים שכלית או נפשית, תוך הבחנה בין נפגעי עבירה ועדים מזה, לבין חשודים מזה.

סעיף 15 להצעה קבע: "אדם שאינו דובר השפה העברית זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם הבנת השפה שבה מתנהל ההליך הפלילי שהוא צד לו". חוק חקירת חשודים כולל הוראות מפורשות המבקשות. לדוגמה סעיף 2 לחוק קובע: "חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת סימנים". סעיף 140 לחסד"פ מחייב למנות מתרגם לנאשם שאינו דובר עברית וסעיף 141 מחייב לתרגם לו ראיות. האם ההצעה תוביל גם לתרגום של מסמכים נוספים, דוגמת כתב האישום, בקשה למעצר עד תום ההליכים וכתבי טענות?⁸⁹ ואף אם כן, האומנם לשם כך נדרש חוק יסוד?

סעיף 16 – נפגעי עבירה

סעיף 16 להצעה קבע: "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". האכסניה החוקתית הכללית לנפגעי עבירה היא חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה), שסעיף 1 לו קובע: "מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם". החוק מקנה לנפגעי העבירה זכויות מסוימות, לעיתים תוך הבחנה בהתאם לאופי העבירה. ההצעה לא חידשה דבר לעומתו, אלא אך דרשה להקפיד על שמירת זכויות קיימות.

(ב) משפט פלילי מהותי

סעיף 4 – עקרון החוקיות

סעיף 4 שהוצע לא חידש דבר לעומת חוק העונשין. שלושת סעיפי המשנה שלו קבעו שאין עבירה ואין עונש עליה אלא אם נקבעו בחוק או לפיו; ושאדם יישא

⁸⁹ ראו את פסק דינה של השופטת בר-אשר: מ"ת (ירושלים) 39536-03-22 מדינת ישראל נ' סבאח (נבו 4.4.2022).

באחריות רק למעשים שהוגדרו כעבירה בזמן הפעולה, ובתקרת העונש הקיים בעת הפעולה. מסרים אלו בוטאו במפורש בסעיפים 1–3 לחוק העונשין.

סעיף 5 – עקרון האשמה

סעיף 5(א) להצעה קבע: "לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה". מושג האשמה עשוי להתכתב עם חזקת החפות ולחזק את המסר, שהועבר לעיל, מזווית נוספת. פרשנות חלופית למושג האשמה בדין המהותי נוגעת לקיומו של יסוד נפשי מסוג מודעות ומעלה, ואולי דחייה נורמטיבית של עבירות מסוג אחריות מוחלטת וקפידה,⁹⁰ או עבירות רשלנות.⁹¹ דחייה כזו אכן הייתה נושאת בשורה ביחס לחוק הקיים, הכולל עבירות רשלנות; אולם שוב ברור שלא לשם כיוונה ההצעה.⁹²

סעיף 5(ב) קבע: "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל עבירה שעבר אדם אחר". גם סעיף זה ניתן היה לקריאה כבשורה. ניתן היה להציע שפירושו הוא הימנעות מהטלת אחריות על אדם בגין דיני השותפות גרידא, ולמצער הימנעות כאמור במצב שבו שותפו לעבירה ביצע עבירה שונה או נוספת. ניתן להטיל עליו אחריות לכך לפי סעיף 34 לחוק העונשין, והניסיון לתקוף זאת חוקתית נדחה פה אחד בעניין **סילגדו** בשנת 2002.⁹³ קריאת התזכיר מלמדת שההצעה לא התיימרה לתקוף את הסעיף, והתזכיר אף הפנה במפורש לפסק דין זה, כסימוכין לכך שסעיף 34 הוא ראוי.⁹⁴ אם ראוי, מה נחוץ סעיף חוקתי חדש?

לבסוף, לא למותר לציין, כי ההצעה גם לא כיוונה לחדש במניעה של פגיעה מדינתית שגורה באדם בגין מעשיו של אדם אחר, שלא באמצעות כליו של המשפט הפלילי, דוגמת הריסת בית משפחתי בגין פעילות טרור של אחד מבני המשפחה.⁹⁵ לבד מחגיגות וסמליות, אין בהצעה בשורה ואין בתזכיר ראייה לבשורה.

סעיף 12 – ענישה אסורה

סעיף 12 להצעה חידש בניסוחו: "אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, אכזרי או לא אנושי". לעומת זאת, הסעיף לא חידש בדוקטרינה. עונש מלקות בוטל שנתיים

⁹⁰ לדיון: גיל שפטל **האחריות הקפידה במשפט הפלילי** פרקים 2, 4, 8 (2018); בוועד סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** פרק יז (2020) (להלן: סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים**).

⁹¹ שפטל, לעיל ה"ש 90, פרק 3; סנג'רו, **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 90, פרק יג.

⁹² התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7–8; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 697.

⁹³ עניין **סילגדו**, לעיל ה"ש 13.

⁹⁴ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8–9; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 698.

⁹⁵ דוד אנוך ואליאב ליבליך "על הריסת בתים ונזק מכון לחפים מפשע: בעקבות בג"צ 2770/22 חמארה ואח' נגד המפקד הצבאי" **פורום עיוני משפט** (תגובות משפט) מו (2.6.2022), <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/EnochLieblich>.

לאחר קום המדינה, וממילא לא יושם, כמודגש בתזכיר⁹⁶ באשר ליתר הענישה, ממילא בית המשפט כפוף לחוק, ואפשרויות הענישה בישראל כיום אינן עשירות. פרקו לחוק העונשין מתייחס למאסר בכליאה; מאסר בדרך של עבודות שירות; שירות לתועלת הציבור; קנס; ובמקרים מיוחדים מבחן. האם ניתן לומר שמהוה מאלו מהווה עונש גופני, אכזרי או לא אנושי? אף שככל חוויה, גם חווית העונש נחווית בגוף, ברור שלא לכך הכוונה בביטוי "עונש גופני". בנוסף קשה לדמיין שמישהו יסבור כי הטלת העונשים האמורים, בהתאם לחוק ולהבניית הענישה הקיימת, מהווה עונש "אכזרי או לא אנושי". כך אפילו ברף העליון שלהם, מאסר עולם ללא קציבה.⁹⁷ לא למותר להטעים, כי ההצעה לא התייחסה לתנאי הכליאה הבעייתיים בישראל.⁹⁸

ניתן היה למצוא בשורה בהצעה, אילו הכריזה על ביטול עונש המוות בישראל. עונש זה ניתן להטלה בגין עבירות מגוונות. המפורסמות בהן מצויות בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, ובחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950⁹⁹ גם חוק העונשין מכונן עונש מוות בגין עבירות של "פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה", "גרם למלחמה", ו"סיוע למלחמה", בסעיפים 97-99; חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 מכונן עונש מוות בגין בגידה, בסעיף 43; ותקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, החלות בבית המשפט הצבאי, מאפשרות הטלת עונש מוות בקשר לפצצות וחפצים מבעירים, דוגמת זריקת בקבוק תבערה, בתקנה 58. אולם עונש המוות לא צוין בתזכיר, ואף שממילא אינו מוטל מעשית בישראל, קשה לדמיין שמישהו כיוון לביטולו או שיתקיים דיון חוקתי בבית המשפט בהיעדר ניסיון להטלת עונש זה.

(ג) דיני ראיות

אין בהצעה כל סעיף המתייחס במישרין לדיני הראיות. ייתכן שהתזכיר מגלם את ההשקפה שהזכויות בחקירה ובמשפט הפלילי אינן נוגעות לדיני הראיות עצמם, או שבדינים אלו לא נדרשת בשורה בכלל, או בשורה חוקתית בפרט. ייתכן שהתזכיר

⁹⁶ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20.

⁹⁷ אסיר פלילי, שהורשע ברצח נערה ישראלית וריצה באותה עת מאסר מזה כ-32 שנים, ביקש לקצוב את עונש מאסר העולם שנגזר עליו, אך נדחה. בעתירתו לבג"ץ טען כי מאסר עולם לא קצוב מהווה עונש אכזרי ובלתי אנושי, ונשען על הדין הבין לאומי מזה, ועל המשפט החוקתי בישראל מזה. השופט שוחט דחה את טענותיו על עונש אכזרי, הטעים את אכזריות הרצח ודחה את העתירה בגין כיבוד הרשות המוסמכת להכריע בנושא. בג"ץ 2906/20 שני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פס' 7, 13-14, 25-27 לפסק דינו של השופט שוחט (נבו 15.5.2022).

⁹⁸ על כך: בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים (נבו 13.6.2017).

⁹⁹ עונש מוות מכוחם הוטל ובוצע על אייכמן על בלבד: ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(3) 2033 (1962). האחרון שהוטל עליו עונש מוות לפי חוק זה, בבית המשפט המחוזי, זוכה בערעור מחמת הספק: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993).

שיקף את התפיסה שדי בהצעה מקבילה, הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה) התשפ"ב-2021. לאור חיבורה הנושאי והזמני, בחירת התזכיר וההצעה להתייחס אליה במפורש,¹⁰⁰ וחוסר החידוש וההשראה שמאפיין גם אותה, אתייחס אליה בתמצית.

נוסח ההצעה היה קצרצר: "56א. בית המשפט רשאי לפסול ראיה שהושגה באמצעים פסולים שננקטו כלפי הנאשם או כל אדם אחר". הצעה זו התקבלה בקיץ 2022 בכנסת בנוסח מעט רחב יותר: "בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשם לב לאופייה ולחומריתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין".¹⁰¹ זוהי תוספת לחוק הקיים, שעד אז לא התייחס לפסילת ראיה בגין השגתה שלא כדין, למעט בשלושה מסלולים קונקרטיים: סעיף 13 לחוק האזנת סתר, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), ובמידת מה גם סעיף 12 לפקודת הראיות, אשר אינו סובב בהגדרה סביב הפרת דין, אלא סביב רצונו החופשי של הנחקר. בד בבד, גם חוק זה לא הוסיף דבר וחצי דבר ביחס לפסיקה. בהלכת **יששכרוב**, בית המשפט העליון נשען על חוקי היסוד כדי לקבוע שהוא מוסמך לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, בהתאם למבחני משנה הנוגעים להגינות ההליך ולמחיר הכרוך בפסילת הראיה. בית המשפט לא הגביל את הדוקטרינה לאמצעים פסולים כלפי הנאשם, וקבע שהיא תחול על "כל סוגי הראיות בהליך הפלילי אשר הושגו שלא כדין על-ידי רשויות אכיפת החוק".¹⁰² לאחר 2010 תוספת זו ודאי לא חידשה. כבר אז הסכים בית המשפט העליון בעניין **ז'אנו** כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עשויה לפסול ראיה במשפטו של נאשם א' בגין פגיעה מוקדמת בחשוד ב', אף שהטעים כי פגיעה בנאשם נותרה בליבת ההלכה.¹⁰³ ההצעה הזכירה את פסק הדין, אך לא הסבירה את הצורך בה לאורו. כלומר, כמו ההצעה מושא מאמרי, שוב שוכפל הדין הקיים והועתק – באופן לא שלם ולא מחדש, ללא ניסיון או בדל ניסיון לבסס את הצורך במהלך החקיקתי.

(ד) חידוש מעבר לכוונת התזכיר

בהיעדר תורת פרשנות פורמלית, ברורה ואחידה בישראל, אין זה חריג שבית המשפט סוטה מההיסטוריה החקיקתית או מתעלם ממנה כאשר אין היא מצביעה

¹⁰⁰ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2; הצעת החוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 694.

¹⁰¹ ס"ח 2988, בעמ' 984 (5.7.2022).

¹⁰² עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 78, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

¹⁰³ ע"פ 5002/09 **מדינת ישראל נ' ז'אנו**, פס' 17 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 2.12.2010).

לכיוון אשר אליו הוא חותר.¹⁰⁴ ייתכן שלו הייתה מתקבלת ההצעה, היה בית המשפט נשען על חוק היסוד החדש כדי ליצוק תכנים חוקתיים חדשים במשפט הפלילי. אולם מעבר לבעייתיות הכללית העולה ממהלך כזה, ממילא קשה לדמיין אותו קורה, לאור המציאות המשפטית כפי שנדונה בפרק א.1. בד בבד, יצירתיות ויצירות שיפוטיות היו לפני חוקי היסוד, וגם אחריהם ובלי קשר אליהם.

ב. עשו זאת נכון: כיצד לגשת לרפורמה יסודית בדין הפלילי

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יצר ערכים יש מאין, אך הציג רעיון חדש והמשגה חדשה. לעומת זאת, ההצעה שהייתה על הפרק מתאפיינת בחוסר חידוש שיטתי. מעבר לו הטעמתי את חוסר הפוטנציאל של ההצעה לשנות את המשפט הפלילי הקיים בישראל, מסיבות שונות שנדונו לעיל.

חוק יסוד נושא משמעות סמלית וחינוכית. זו אינה עומדת לבדה, אלא ניצבת לצד משמעות אופרטיבית. מעבר לסמליות וחגיגות, יצירתו של חוק יסוד חדש עשויה ללמד על מחשבה, שלפיה נדרשים בנייתו, עיצובו או ליטושו של בסיס משפטי חיוני, של עקרונות יסוד.¹⁰⁵ בפרק זה אערוך דיון תמציתי ואבחן אילו שאלות צריכות להיבחן למחזיקים בסברה זו בהקשר הפלילי. בלי להציע תשובות מפורטות או מחייבות, אראה כי השאלות הנכונות מראות אף הן את ליקויי ההצעה שעל הפרק. אלו השאלות הנכונות בעיניי:

האם דרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל?

האם דרוש שינוי בחוק יסוד דווקא?

בהנחה שדרוש שינוי בחוק יסוד, מהי רמת ההפשטה הראויה של התוכן?

במהלך הדיון בשאלות אגע בתוכן שנכנס להצעה, כמו גם בתוכן שלא נכנס. בסיום הפרק אציע כיוון לשינוי יסודי בישראל בכל אחד מענפי המשפט הפלילי.

1. האם דרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל?

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מופשט וכללי ביותר. הוא אינו מתמקד בענף משפטי קונקרטי, אלא בשדה המשפט הציבורי כמכלול. לעומתו, חוק יסוד: חופש העיסוק מעט פחות מופשט וכללי, אך גם הוא אינו מכוון לענף משפטי מסוים, דוגמת

¹⁰⁴ אסף הרדוף "כשר בג"ץ: יהדות נגד יהדות, כשרות נגד נאמנות, משפט נגד שינוי" **המשפט ברשת** 60, 6, 12–14 (דצמבר 2016).

¹⁰⁵ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54–55.

דיני העבודה, אלא ממקד מבטו במשפט הציבורי כמכלול. לעומתם, ההצעה הנוכחית כיוונה במפורש לשדה המשפט הפלילי, חלק אחד במשפט הציבורי.¹⁰⁶ פרק בחוקה העוסק במשפט פלילי נראה מתבקש במיוחד, נוכח המשגתו כשדה הכולל את הפגיעה הקשה ביותר בזכויות אדם.¹⁰⁷ אולם לא הרי יצירתו של פרק כזה בחוקה עם לידתה של המדינה, כהרי יצירתו של פרק חוקתי במדינה הקיימת כשלושת רבעי מאה, וכשלושה עשורים מכירה בזכויות חוקתיות בהקשר הפלילי. במדינה כזו, הצעה לחוק יסוד חדש המייחד עצמו לשדה הפלילי מרמזת, שנדרש או רצוי שינוי יסודי במשפט הפלילי הקיים. חוק יסוד אינו תיאוריה משפטית גרידא, אלא כשמו, נורמה משפטית יסודית ומחייבת.

שאלת הצורך בשינוי יסודי במשפט הפלילי גדולה ומורכבת, ומצריכה נקודת מבט רוחבית על המשפט, שבה איננו מצטיינים. ככל, בית המשפט עוסק בסוגיות קונקרטיות; וגם האקדמיה, כאשר מוצאת לנכון בכלל להתייחס לדין הישראלי,¹⁰⁸ נוטה להתמקד בסוגיות קונקרטיות. חריפה ככל שתהיה הביקורת השיפוטית או האקדמית, היא לרוב נקודתית, מביטה לא בענף שלם אלא בעלה קטנטן בתוכו, ובוודאי אינה בוחנת הרמוניה או דיסהרמוניה בין הענפים.¹⁰⁹ במסגרת זו לא אוכל לבסס כי דרוש שינוי יסודי במשפט הפלילי, אף שאציע בקצרה בהמשך כיוון לשינוי חשוב בכל ענף. עם זאת אדגיש כי תזכיר החוק, שלא היה קצר כלל, לא העלה בדל טיעון שלפיו נדרש או רצוי שינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל. ללא טיעון מנומק ומפורט אודות על הצורך בשינוי, קשה להצדיק חוק יסוד

106 Markus D Dubber, *Criminal Law between Public and Private Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 191, 200–01 (RA DUFF et al., eds, 2010); וכן: מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

107 Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524–25 (2005); מרדכי קרמניצר **עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות** 51 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנהנו?" **משפטים** יג 159, 160–161 (1983); סנג'רו, **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 62–64.

108 חיים זנדברג "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל" **המשפט** יד 419, 427 (2010); צבי טריגר ומנחם מאוטנר "דיאלוג על החינוך המשפטי" **המשפט** יט 79, 83, 91 (2014); אסף הרדוף "מבחן אמריקני: על אובדן הדרך של מדדי ההצלחה במבחני ההסמכה ללשכת עורכי הדין ובאקדמיה הישראלית למשפט" **ספר יעקב נאמן** 565, 607–610 (2023).

109 חריגים: גרשון גונטובניק "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדיונית: לעצור את פוטנציאל הסחף" **חוקים** ו 11 (2014); אסף הרדוף "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" **המשפט** כד 39 (2018); אסף הרדוף "הפרט נגד הפרטיות: המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיות מטפלות" **דין ודברים** (עתיד להתפרסם, 2023).

חדש בשדה זה. מבחינה נורמטיבית, רפורמה משפטית בכלל וחוק יסוד חדש בפרט שעונים על הכרה והבנה של בעיות במשפט הקיים. ללא הכרה או הבנה כאמור, אינו רואה מנדט ערכי להתקדם.

2. האם דרוש שינוי בחוק יסוד דווקא?

"ובכלל, מדוע להידרש לעקרונות כלליים ומופשטים ולהעיר מרבצם נפילי ארץ כמו זכויות חוקתיות כאשר כלים רגילים של משפט עומדים לרשותנו... להשתמש בכלי של קודש על מנת לטפל בנושא של חולין".¹¹⁰

אף שהתזכיר לא ביסס או אפילו ציין כאמור, נניח שאכן דרוש שינוי יסוד במשפט הפלילי בישראל. השאלה הבאה המתבקשת, טרם יצירתו של חוק יסוד חדש, היא אם השינוי נדרש בחוק יסוד דווקא. כדבר שכמעט מובן מאליו, אך ראוי להטעמה נוכח הדמיון המילולי, שינוי יסודי אינו מחייב חוק יסוד, במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט. שינויי חקיקה רוחביים גדולים נערכו במשפט הפלילי בישראל. במשפט הפלילי המהותי, בשנת 1994 נערכה הרפורמה החקיקתית המפורסמת לחלק המקדמי לחוק העונשין, תיקון 39.¹¹¹ בסדר הדין הפלילי, 1996 הייתה שנה של רפורמות, ויצרה חקיקה מגוונת כמו חוק המעצרים וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש); ואילו בשנת 2001 חוק זכויות נפגעי עבירה חידש בתחומו. דיני הראיות, שלא נזכרו בהצעה, לא הובילו לרפורמה הראויה לציון למן לידתה של פקודת הראיות בשנת 1971; אולם אין מניעה פורמלית לכך.

עצם הדרישה לשינוי יסודי בדין הפלילי בישראל אין פירושה שהשינוי צריך להיות בחוק יסוד דווקא. בין שאנו מבקשים להגן על הפרט ובין שאנו מבקשים לקדם את האינטרס הציבורי, הדין הפלילי מטיבו עושה גם זאת וגם זאת: מסמיך את המדינה לפגוע בפרט בשמו של האינטרס הציבורי, מחד גיסא, ומציב לה גבולות ובכך מגן על הפרט, מאידך גיסא. גבולות אלו מחייבים את המדינה להישען על מבנים פליליים מהותיים לעניין ביסוס אחריותו של הפרט והעונש בגינה; לברר את ההליך באופן מסוים; להוכיח עובדות באופן מסוים; לבצע פגיעות ביניים בפרט רק בתנאים מסוימים; ולהקנות הגנה מינימלית או זכויות מינימליות לבעלי מעמד כזה ואחר.

¹¹⁰ ע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונית פס' 4-5 לפסק דינו של השופט עמית (נבו) (26.1.2021).

¹¹¹ כרך מאמרים בחן את חידושי תיקון 39: מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

3. מהי רמת הפשטה הראויה?

אף אם נניח את שהתזכיר לא ביסס, שאכן נדרש שינוי יסודי במשפט הפלילי, ועוד בחוק יסוד דווקא, עולה שאלה סבוכה במיוחד: רמת הפשטה הראויה. שאלה זו מתאימה לתיאורטיקנים של משפט חוקתי, ואין בידי כלים מתאימים להשיב עליה בפירוט.¹¹² יחד עם זאת, די בשליטה בשלושת ענפי המשפט הפלילי בישראל, וביכולת להמשיג ולהוות שאלות מרובד הפשטה שונה, כדי להציף תהיות וקשיים. חוקה ודאי כוללת לכידות פנימית וקשר בין סעיפיה.¹¹³ ההצעה הנוכחית כוללת סעיפים המצויים ברובד הפשטה שונה מאוד, וקשה לזהות קו נורמטיבי ברור העולה ממנה.

ניזכר לרגע בחוקי יסוד אחרים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הכריז על מגוון זכויות: חלקן ברמת הפשטה גבוהה מאוד, חלקן משקפות קונקרטיזציה של האחרות או של שילובן. ברמת הפשטה הגבוהה מצויות הזכות לחיים, לגוף, לכבוד, לקניין, ולפרטיות, בסעיפים 3–7. הזכות לחירות זוכה לביטוי קונקרטי יותר, בהגנה מפני פרקטיקות מפורשות למדי בסעיף 5, כמאסר, מעצר והסגרה, ובסעיף 6, מניעת יציאה וכניסה לישראל. ברמת הפשטה הנמוכה ביותר מצויה קונקרטיזציה לזכות לפרטיות, בסעיף 7, בהגבלת פרקטיקות מדינתיות של כניסה לרשות היחיד ללא הסכמתו, עריכת חיפוש ברשות היחיד או על גופו, ופגיעה בסוד שיחו. שיא קונקרטיזציה זה עדיין מצוי ברמת הפשטה גבוהה, ונמנע מכניסה לפירוט של פרקטיקות מדינתיות של חדירה לפרטיותו של אדם – חיפוש במקום, חיפוש במחשב, חיפוש על הגוף, חיפוש חיצוני ופנימי בגוף, האזנת סתר וכדומה.

לכאורה, ניתן היה לוותר על קונקרטיזציה זו, להסתפק בציון הזכות המופשטת לחירות או לפרטיות, ולהותיר לרשויות למלאה בתוכן. התייחסות לפרקטיקות קונקרטיות מלמדת, אולי, על חשיבות יתרה בהסדרתן, על רצון באמירה חוקתית מפורשת לגביהן, או על אי-אמון בכך שמילוי התוכן של הזכויות המופשטות יהיה נאמן לתפיסה הרצויה.¹¹⁴

בהצעה מושא מאמרי, ברובד הפשטה הגבוה מכל בסדר הדין הפלילי הייתה מצויה הזכות להליך הוגן. ברובד ביניים היו מצויות זכות ההיוועצות, זכות הייצוג, זכותו של אדם שלא להפליל את עצמו, וזכותו של אדם למעצר ולחקירה שיעשו

¹¹² Ruth Gavison, *What Belongs in a Constitution?*, 13 CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY 89 (2002).

¹¹³ השוו: YANIV ROZNAI UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – THE LIMITS OF THE AMENDMENT POWERS 145 (2017).

¹¹⁴ למען ההגינות ושלמות התמונה, ייתכן שלו הייתה ההצעה מקודמת, הדיונים הרבים הצפויים בוועדת החוקה, חוק ומשפט היו עשויים לטייב את הנוסח. על הנעשה בוועדה זו בקשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו למשל מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659, 665–666, 668 (1993).

באופן מכבד (להלן: "זכויות הביניים"). מצד אחד, זכויות הביניים האמורות ממילא ניתנות לגזירה מהזכות להגינות ההליך, ובמובן זה לא היו נחוצות. חלקן אף נגזרו בפועל בפסיקה, כמו זכות ההיוועצות.¹¹⁵ גם אחרות, שלא זכו להיכנס להצעת החוק, נגזרו כאמור, כמו הזכות לעיין בחומרי חקירה,¹¹⁶ הזכות לעיין בראיות כדי לבקש משפט חוזר,¹¹⁷ הזכות לתרגום אפקטיבי,¹¹⁸ והזכות לברר את האשמה לגופה.¹¹⁹ מצד אחר, זכויות הביניים המנויות עודן מופשטות יחסית. ניתן לגזור מהן תובנות עבור שאלות משנה רבות, ובמובן זה הן מצדיקות לכאורה את מעמדם החוקתי. לבסוף, ברובד הקונקרטי ביותר מצויות בהצעה זכויות, אשר גם הן ניתנות לגזירה מהגינות ההליך, כזכותו של עצור שיודעוהו ללא דיחוי את סיבת מעצרו, או להיות מובא בהקדם בפני בית משפט.

כלומר, לעומת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהציג כמה זכויות מופשטות, שלפי התפיסה המקובלות הן עצמאיות ואינן נגזרות זו מזו, ההצעה הנוכחית כוללת בתחום סדר הדין הפלילי זכות מופשטת אחת, שכל היתר הן ביטוי שלה, ברמת קונקרטיזציה משתנה. לעומת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהצעה מושא מאמרי הרמה הקונקרטי ביותר של הזכויות לא הייתה מופשטת כלל, ואפילו לא מתאימה כסעיף מטרה כללי בהסדר קונקרטי. זכותו של עצור שיודעוהו ללא דיחוי את סיבת מעצרו, או להיות מובא בהקדם בפני בית משפט, משקפות חובות של המדינה בחוק המעצרים, שתי חובות מני עשרות רבות. אף אילו הצלחתי לראות הצדקה להתייחס דווקא אליהן, כאילו הן חובות חשובות יותר או מופרות יותר, מה בין הוראות קונקרטיות אלו ובין חוק יסוד – איני יודע. התזכיר, כמובן, לא הסביר.

במשפט הפלילי המהותי, המסר של ההצעה נגד ענישה אכזרית הוא מופשט יחסית, במובן עמימותו. מה הוא הוסיף על זכויותיו של המורשע לחירות, לכבוד, לקניין ולפרטיות, חוץ מקונקרטיזציה סמלית של שילובן, איני יודע; אולם לכל הפחות בהפשטתו הוא נראה מתאים לשמש חלק מחוק יסוד.

שונה המצב באשר לחמשת סעיפי המשנה של סעיף 5. הם אינם נושאים מסרים מופשטים, שמהם ניתן לגזור זכויות משנה כאלו ואחרות. מסריהם אופרטיביים, גזירה קונקרטי של מסרים מופשטים. תוכנם משקף סעיפים בודדים מתוך מאות סעיפיו של

¹¹⁵ רע"פ 8860/12 קוטלאייר נ' מדינת ישראל פס' 17 לפסק דין השופט שהם (נבו) 16.01.2014.

¹¹⁶ בש"פ 3488/17 מדינת ישראל נ' ג'רושי פס' 33, 41 לפסק דין השופטת ברק-ארז (נבו) 22.6.2017; וכן בש"פ 7585/14 שטרומ נ' מדינת ישראל פס' 9 לפסק דין השופט פוגלמן (נבו) 18.11.2014; ע"פ 3105/06 זודיאשווילי נ' מדינת ישראל פס' 21 לפסק דין השופט לוי (נבו) 2.12.2010.

¹¹⁷ בש"פ 713/15 גור-אריה נ' מדינת ישראל פס' 5 לפסק דין השופט פוגלמן (נבו) 5.2.2015.

¹¹⁸ ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל פס' 11 לפסק דין השופט דנציגר (נבו) 3.11.2010.

¹¹⁹ רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון פס' 4 לפסק דין השופט הנדל (נבו) 3.2.2015.

חוק העונשין, שרובם הגדול מגביל את כוחה של המדינה לפגוע בפרט הנאשם ובפרט המורשע.

שני המסרים האחרונים, הטלת אחריות במקרי אשמה בלבד, והימנעות מהטלת אחריות על פלוני בגין עבירה של אלמוני, מופשטים מעט, אך עדיין קונקרטיים יחסית. קשה לאפיין סוגיות משנה מפורטות שהם מאירים עליהן, ואף קשה לראות את חשיבותן הנורמטיבית העודפת על פני סעיפים כלליים אחרים. שלושת סעיפי המשנה הראשונים משקפים שניים מחמשת הרבדים המקובלים של עקרון החוקיות. עקרון זה נגזר מרעיונות מופשטים כהגבלת השרירות בהפעלת כוח ממשלתי, וכקידום הגינות וודאות משפטית.¹²⁰ אולם ההצעה לא אמרה שלאדם זכות שהמשפט הפלילי לא יופעל נגדו באופן שרירותי או באופן הפוגע בוודאות המשפטית, זכויות מופשטות שהיו נושאות בשורה פוטנציאלית. ההצעה אך נצמדה לשלושה מביטויי הקונקרטיים של העקרון, שהם ברורים ביותר, וכאמור קשה לגזור מהם זכויות ביניים.

אם כבר הזכרנו את עקרון החוקיות, מה באשר לשלושת ביטויי המקובלים האחרים, פומביות החוק הפלילי, בהירות החוק הפלילי, והפרשנות המצמצמת? פומביות החוק אינה ייחודית לדיני העונשין, אלא משקפת כלל דמוקרטי, המעוגן בסעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. לרעיון זה ערך חוקתי ברור, הנוגע לאזהרה הוגנת לאזרח, למען יידע כיצד לכלכל צעדיו ומחדליו. אזהרה כזו מתקשרת גם לדרישה לבהירות החוק הפלילי בכלל והאיסור הפלילי בפרט. דרישה זו עלתה בבית המשפט העליון קרוב לקום המדינה,¹²¹ וגם בעת המודרנית,¹²² ואף חוברת למשפט החוקתי בעניין **ואנונו** בשנת 2006, תוך הבהרה שעמימותם של איסורים פליליים עלולה להוביל לביטול חוקתי שלהם.¹²³ חרף זאת, הדרישה לא מצאה דרכה חוק העונשין או לחוק כלשהו, וחרף אזכורה בתזכיר,¹²⁴ לא תורגמה להצעה. ראוי להטעים, כי בשונה מהדרישה לפומביות החוק, אשר מכובדת ללא סייג, הדרישה לבהירות החוק רחוקה מלשקף את מכלול הדין המהותי. אין מחסור בעבירות עמומות, לרבות עבירות מרכזיות וחמורות.¹²⁵ לבסוף, הדרישה לפרשנות מצמצמת כתובה בסעיף 34 כחוק העונשין, אך מגבילה עצמה רק למצבים שהפרשנות המצמצמת מתיישבת עם תכלית החוק. התכלית אינה גלויה, והקביעה השיפוטית לגבי

¹²⁰ ש"ז פלר יסודות **דיני עונשין** כרך א 8 (1984); סנג'רו, **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 61.

¹²¹ ע"פ 53/54 **אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ח(1) 785, פס' 2 לפסק דינו של השופט זילברג (1954).

¹²² ע"פ 3583/20 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 37 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו) 9.11.2020.

¹²³ בג"ץ 6358/05 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 12.1.2006.

¹²⁴ התזכיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

¹²⁵ הרדוף, "חזק על חלשים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 242–244.

הפגיעה בה משקפת שיקול דעת רחב לבלי די.¹²⁶ לו היה בהצעה סעיף המצמצם את שיקול הדעת הפרשני לקראת פגיעה בחשודים, נאשמים ומורשעים – היה בכך חידוש גדול. אולם בין ההצעה לבין חידוש גדול הייתה רחוקה מאוד הדרך.

4. בתמצית: כיוון לשינוי יסודי

קצרה היריעה מביסוס הצורך בשינוי יסודי במשפט הפלילי בישראל. אולם בחלוף של כמה עשרות של יריעות ביקורתיות קודמות באשר לדין הפלילי בישראל, ארשה לעצמי לעשות את שההצעה לא עשתה, ולהציע בתמצית כיוון אחד לשינוי יסודי בכל ענף במשפט הפלילי, וכיוון אחד לשינוי יסודי בשלושתם. כמוטעם לעיל, נטייתנו להתמקד בסמליות אין פירושה שעלינו לגשת לחוק יסוד כדי לשנות את המשפט הפלילי מן היסוד.

במשפט הפלילי המהותי, שינוי יסודי נדרש בעולם העבירות הספציפיות. חוק העונשין בוסס על משטר קולוניאלי בריטי.¹²⁷ עוד קרוב ללידתו נכתב על ליקויים גדולים, רחבים ועמוקים בחלקו הספציפי.¹²⁸ אולם מעולם לא נערכה בו רפורמה מקפת. עבירות רבות שמרו על נוסח זהה עשרות שנים,¹²⁹ וחלקן אף חצו את רף מאה השנים.¹³⁰ ההתאמה של חלקן לערכים המודרניים, והמידתיות המשתקפת מההגנה על הערכים במשפט פלילי דווקא, מפוקפקת.¹³¹ הגיעה העת למבט מחודש וביקורתית בחלק הספציפי.¹³² כך נכון גם לעבירות ישנות המצויות בחקיקה אחרת, דוגמת פקודת הסמים המסוכנים.¹³³

בסדר הדין הפלילי, שינוי יסודי נדרש ביצירת נפקות לפעולה מדינתית נגד הפרט בניגוד לחוק ולפסיקה. לכללי פרוצדורה רבים, אולי לרובם, אין שיניים, במובן שהפרתם אינה גוררת סנקציה, או אפילו אינה מאפשרת מסגרת לדיון ביקורתית. אומנם, דיני הראיות מספקים שיניים מאוחרות להפרות דיוניות, או ביתר דיוק, פוטנציאל לדיון

¹²⁶ הרדוף, "תכליתית או מצמצמת?", לעיל ה"ש 48.

¹²⁷ לקריאה להחלפת החלק הספציפי בחוק העונשין ראו יצחק קוגלר **כוונה והלכת הצפיות דיני עונשין** 152–153 (1997).

¹²⁸ קרמניצר, לעיל ה"ש 107.

¹²⁹ אסף הרדוף "יותר מזל משכל: הפער בין תכליותיהם של איסורי ההימורים לבין גופם" **משפט ועסקים** כא 33, 35 (2018).

¹³⁰ עבירת הגניבה בישראל 2023 מבוססת מילה במילה על נוסח אנגלי משנת 1916. החוק האנגלי עבר בהמשך רפורמה יסודית. ראו EDWARD GRIEW, *THE THEFT ACTS 1968* (7th ed. 1995).

¹³¹ אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי על הדיכטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" **משפט וממשל** יח 157, 162–166 (2017).

¹³² סנג'ור, **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 21, 345.

¹³³ עמית דויטש **האיסור הפלילי הישראלי על שימוש בסמים מסוכנים: בחינה ביקורתית** (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 2020).

שיפוטי על פסילת ראייה. אולם לבד מכך שאלו שיניים של ענף אחר, ולבד מכך שהשיניים הללו אינן נוטות לנשוך לטובת זכויות הפרט כאשר המחיר לאינטרס הציבורי כבד,¹³⁴ הן מגיעות מאוחר מאוד, ולעיתים אינן מגיעות כלל. חקיקה דינונית טיפוסית היוצרת סמכויות אינה נוקבת במחיר החריגה מהן ואינה מכוונת סנקציות, תרופות וסעדים; כך למשל בחוק המעצרים, בחוק החיפושים, בפקודת החיפושים ועוד. בחירת המחוקק לכוון סמכויות ולהגביל את השימוש בהן, חשובה; הגיעה העת להתייחס למצבים חוזרים, נשנים וצפויים, של חריגת הרשויות מהדין, בטעות או באופן מחושב.¹³⁵ ככלות הכול, "אין ערך בזכויות שאינן מוגנות על ידי מערכת סעדים תכליתית.. הסעד הוא שמעניק לזכות את קיומה הממשי.. זכויות האדם והאזרח...

צריכות לזכות להגנה נאותה ולא רק להצהרות חגיגות בדבר חשיבותן".¹³⁶ יותר מכל ענף שאני מכיר, דיני הראיות בישראל משוועים לשינוי יסודי, לבנייה מהיסוד. פקודת הראיות קצרה ודלה בהסדרים, בהגדרות ואפילו בבירור-מחדל. פקודת הראיות אינה מגדירה מונחי יסוד או רעיונות מפתח מופשטים מאוד כמו "ראיה", "קבילות" או "פסילה", "חיסיון", "כשרות", "רלוונטיות", "דיות", "חזקה", "נטל" ועוד. היא גם אינה מגדירה רעיונות מפתח ברמת ביניים של הפשטה, כמו "עדות שמועה", "עדות סברה", "ראיה ישירה", "ראיה נסיבתית", "סיוע", "חיזוק" ועוד. מה שהמחוקק לא טרח להגדיר, הפסיקה אינה מנסה, בין משום שאין זה תפקידה, בין משום שאינה מוטרדת מהכוח המשתקף מהיעדרן של הגדרות, ובין משום שהיא פשוט נוטה להישען על תפיסה אינטואיטיבית של מונחים. ההסדרים הקיימים מעטים, דלים ומותירים יותר מדי חופש פעולה שיפוטי, ללא ודאות, ללא שקיפות, וללא הגנה מינימלית לפרטים. הגיעה העת לכתוב מחדש את פקודת הראיות, והפעם בקפידה ובפירוט.¹³⁷

לבסוף, שינוי יסודי אחד רצוי בשלושת הענפים, ומתאים מאוד גם להמשגה חוקתית. כוונתי לאמירה מפורשת שהרשויות, ובכללן הרשות השופטת, אינן מוסמכות לחרוג מלשון החוק בדרכן לפגוע בפרט במשפט הפלילי. למרבה הצער חריגה כזו, שלעיתים מגובה בציטוט המפורסם על ש"מילות החוק אינן מבצרים",¹³⁸ אינה

134 לעיל ה"ש 9.

135 אסף הרדוף "דין פלילי בלתי-מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" **ספר יורם דנציגר** 389, 391 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019); הרדוף, "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 9, בעמ' 148, 191–196.

136 דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" **ספר יצחק זמיר** 283, 286 (2005). בדומה: Gavison, לעיל ה"ש 112, בעמ' 96.

137 אסף הרדוף "זכות-מפלה ופריבילגיות של מדינה: חיסיון לטובת הציבור ונסיגה לטובת התקפה" **מחקרי משפט** לד(3) (עתיד להתפרסם); אסף הרדוף "חיסוי ללא מיצוי: דיני החסיונות, הגיונם ומוגבלותם – בעקבות יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים (2021)" **הפרקליט** נה 311, 340 (2022).

138 ציטוט של השופט ברק בדרכו להרשעה בניגוד ללשון החוק. ע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (4) 424, 421 (1980).

נדירה.¹³⁹ היא מתקשרת לחסר חוקתי אחר, של היעדר כללי פרשנות פורמלים ברורים, מחייבים וממצים במשפט הישראלי בכלל ובמשפט הפלילי בפרט.¹⁴⁰ מי שכמה לשינוי יסודי בדין הפלילי ובכלל – שומה יביט בהיעדר כללי פרשנות חוקתיים ואפילו חוקיים. בלי אלו, שופט הישר בעיניו יעשה, לרבות פגיעה בזכויות יסוד.

סיכום

מרחוק בלבד, הצעה לחוק יסוד חדש, המגן על זכויות הפרט במשפט הפלילי, נשמעה כבשורה חדשנית וחסובה. למעשה, ההצעה לא הייתה חדשנית, משום שתכניה שכפלו חקיקה קיימת ואמירות מופשטות בפסיקה קיימת. היא גם הייתה חסרת חשיבות, בגין תחזית להיעדר השפעה אופרטיבית על המשפט הפלילי; אם האקדמיה למשפט הייתה מלאת אופטימיות וציפיות להשפעה בעבר,¹⁴¹ שנים רבות של "מהפכה חוקתית" לימדו את המשפט החוקתי שיעור חשוב בצניעות. חולשתו של המשפט החוקתי בשדה הפלילי לא תיפתר בחוק יסוד חדש, אשר לא חידש ולא תיקן. עצם קיומה של יוזמה לחוק יסוד חדש הייתה אולי בשורה פוליטית; אך ההצעה גופה לא נשאה בשורה ואפילו בשורונת למשפט הפלילי בישראל.

139 הרדוף, "אי-חקיקה", לעיל ה"ש 7, בעמ' 73–75, 81–83.
 140 בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג 165 (2003); הרדוף, "תכליתית או מצמצמת?"; לעיל ה"ש 48.
 141 תחזיות אופטימיות באשר לדין המהותי: יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב 64 (1996); אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996).
 באשר לדין הדיוני: עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מחקרי משפט** יג 155 (1996); אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" **קרית המשפט** א 381 (2001); דן ביין "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 337 (אלי לדרמן עורך, 2001); רינת קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מו 282 (2002); ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדוכבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מאזני משפט** ג 439 (2004); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" **קרית המשפט** ד 169 (2004); אסף הרדוף **אין להשיב לאשמה** (2005).
 באשר לדיני הראיות: אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" **מחקרי משפט** יג 139 (1996); עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" **משפטים** ל 145 (1999); Mohammed Saif-Alden Wattad, "Did God Say, 'You Shall Not Eat of Any Tree of the Garden'?: Rethinking the 'Fruits of the Poisonous Tree' in Israeli Constitutional Law, 5 OXFORD U. COMP. L.F. (2005).

כינונו של חוק יסוד חדש בימינו מחייב התמודדות עם שורת שאלות קשות, שלא נעשתה בענייננו. השאלה הראשונה היא אם נדרש במשפט הפלילי הישראלי שינוי יסודי. לפני שמציעים שינוי, נהוג לבסס את הצורך בשינוי: ביסוס הבעיה קודם להצגת הפתרון. התזכיר לא ביסס בעיה, וללא בעיה, מבחינה מושגית לא ייתכן פתרון. אף שבעיות בד"ן הפלילי בישראל קיימות בשפע, התזכיר לא עסק בהן, וכמובן לא פתר אותן.

בהנחה שביססנו בעיה, יש לבחון אם הפתרון המסתמן מחייב פנייה לכלי הדרמטי מכל במאגר הכלים של המחוקק, הכלי החוקתי. גם החוק הפלילי מסוגל להגביל את המדינה, ומטיבו עושה כן בהקשרים רבים ומגוונים. הכלי החוקתי החרף דרוש כאשר החוק הפלילי אינו מספיק, כאשר אנו מבקשים להגביל לא רק את המשטרה, התביעה ובית המשפט, אלא גם את המחוקק.

בהנחה שהסקנו כי אומנם הכלי החוקתי נחוץ, השאלה האחרונה המצריכה התמודדות היא אילו הוראות לכלול בו, באיזו רמת הפשטה. דומני שהפשטה נמוכה מאוד (קונקרטיזציה חדה) – אין מקומה בחוק יסוד. חלק מהסעיפים בהצעה היו וחדים ביותר, מצד אחד, ואף לא הצטיירו כבעלי חשיבות חוקתית יוצאת דופן, מצד אחר.

חשיבה ביקורתית רוחבית עשויה לזהות ליקויים וכשלים מגוונים במשפט הפלילי, חלקם ייחודיים, וחלקם בעלי קו מאחד. טוב תעשה הרשות המחוקקת אם תתחיל מהלך של ביקורת כזו ותקנה תשומת לב ראויה לשיפור המשפט הפלילי בישראל. הצעת חוק יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי הייתה חסרת השראה. היא לא הייתה צעד בכיוון הנכון, או אפילו צעד בכיוון הלא נכון; היא לא צעדה כלל.