

הצעה למלא בתוכן את הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי

מאת
בועז סנג'רו*

תקציר

על פני הדברים, "הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי" היא מבורכת ועשויה לבשר על שינויים מרעננים בנוף משפטנו הפלילי. אלא שאם מעוניינים לבצר את חירויות האזרחים ולגונן עליהם מפני האפשרות של פגיעות בלתי מוצדקות כתוצאה מהליכי חקירה, מעצר, עיכוב, חיפוש, תפיסת חפצים, משפט וענישה, הכרחי למלא את הצעת החוק בתוכן ממשי. הליקוי המרכזי בהצעת החוק הוא שהיא בעצם מצלמת את הדין הישראלי הקיים, משקפת אותו ואיננה מוסיפה לאזרחים הנאלצים לחבוש את כובעי החשודים והנאשמים זכות כלשהי שלא נתונה להם כיום. הטענה המרכזית כנגד הצעת החוק היא שהיא מחמיצה את שעת הכושר שמהווה חקיקת חוק יסוד לחיזוק הגנת החוק על זכויות החשודים והנאשמים. בנוסף, ההצעה נכשלת בהשמיטה זכויות מרכזיות קיימות. לכאורה, כל עוד אין מכירים את הדין הפלילי הישראלי, ניתן לטעות ולחשוב שאין רע בהנצחת הדין הקיים.

* פרופ' מן המניין, חבר סגל במכללה האקדמית גליל מערבי ובמכללה האקדמית ספיר, ראש המכון לבטיחות במשפט הפלילי שבמכללה האקדמית גליל מערבי ומייסד האתר "ביקורת מערכת המשפט הפלילי" (<http://sangero.co.il>). תודתי נתונה לפרופ' רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה המחכימות לטיוטת המאמר. אשר לתיקונים ולתוספות להצעת חוק היסוד נושא המאמר, זכיתי למשוב מחבריי למכון לבטיחות במשפט הפלילי ד"ר חגית תורג'מן וד"ר יוסף זהר, והצעת התיקונים והתוספות לתזכיר הצעת החוק (בנוסח שמאז שיניתיו) הועברה למשרד המשפטים בשם המכון, בעקבות הזמנה לציבור להעיר הערותיו. לבסוף, תודה לעורכות כתב-העת על הצעות מועילות לשינויים במאמר.

לכן המאמר עומד בקצרה על כמה מאפיינים מרכזיים של המשפט הפלילי הישראלי ומראה שבכל שלושת ענפיו – דיני העונשין, הפרוצדורה הפלילית ודיני הראיות – מדובר בדין לא טוב, שאינו מתאים לרוח התקופה, אינו מותיר לאזרחים חירות ראויה, אינו מקנה להם זכויות מספקות ואינו שומר כראוי על הזכויות המוקנות להם. נוכח ליקוייו היסודיים של הדין הפלילי הישראלי, הבטחת זכויות ראיות לחשודים ולנאשמים איננה יכולה להיעשות תוך התבססות על הדין הקיים והנצחתו בחוק יסוד. הכרחי לחזק את הזכויות שאותן מנציחים. בנוסף, יש להשלים את הצעת החוק הממשלתית תוך הוספת זכויות חשובות שנשמטו ממנה. המאמר אינו מסתפק בהצבעה על החוסרים שבהצעת החוק הממשלתית, אלא מציע נוסח מלא שיוכל לשמש את וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. חוק היסוד במתכונתו המורחבת המוצעת כאן יוכל לשמש מנוף לרפורמה כוללת בחקיקה בתחום המשפט הפלילי.

- 2.....מבוא
- 7.....א. מילוי הצעת החוק בתוכן
- 14.....ב. דברי הסבר לשינויים המוצעים: חוק היסוד כמנוף לרפורמה
- 36.....אחרית דבר

מבוא

על פני הדברים, יזמת החקיקה שפורסמה כ"הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי"¹ היא מבורכת ועשויה לבשר על שינויים מרעננים בנוף משפטנו הפלילי. אלא שאם אכן מעוניינים לבצר את חירויות האזרחים ולגונן עליהם מפני האפשרות של פגיעות בלתי מוצדקות כתוצאה מהליכי חקירה, מעצר, עיכוב, חיפוש, תפיסת חפצים, משפט וענישה, ואין מסתפקים בסיסמאות, הכרחי למלא את הצעת החוק בתוכן ממשי. הליקוי המרכזי בהצעת החוק הוא שהיא בעצם מצלמת את הדין הישראלי הקיים, משקפת אותו ואיננה מוסיפה לאזרחים הנאלצים לחבוש את כובעי החשודים והנאשמים זכות כלשהי שלא נתונה להם כיום. טענתי המרכזית כנגד הצעת החוק היא שהיא מחמיצה את שעת הכושר שמהווה חקיקת חוק יסוד לחיזוק הגנת החוק על זכויות החשודים והנאשמים. בנוסף, ההצעה אף נכשלת בהשמטת זכויות מרכזיות קיימות.

¹ הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח התשפ"ב 692.

לכאורה, כל עוד אין מכירים את הדין הפלילי הישראלי, ניתן לטעות ולחשוב שאין רע בצילום, בשיקוף ובהנצחת הדין הקיים. לכן, כבר במבוא, אעמוד בקצרה על כמה מאפיינים מרכזיים של המשפט הפלילי הישראלי ואראה שבכל שלושת ענפיו – דיני העונשין, הפרוצדורה הפלילית ודיני הראיות – מדובר בדין לא טוב, שאינו מתאים לרוח התקופה, אינו מותיר לאזרחים חירות ראויה, אינו מקנה להם זכויות מספקות ואינו שומר כראוי על הזכויות המוקנות להם. ראשית, על קצה המזלג, מרבית העבירות שבחוק העונשין עודן תרגום לעברית של פקודת החוק הפלילי, 1936 שירשנו מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל; פקודת הראיות תשל"א-1971 נקראת "פקודה" ולא חוק משום שגם היא עדיין מבוססת על הדין האנגלי עתיק היומין; וגם חוק סדר הדין הפלילי תשמ"ב-1982 לא יכול לשמש מקור לגאווה. לפיכך, הקפאת המצב הקיים באמצעות חוק יסוד איננה רצויה.

אעמוד בקצרה על חמישה מאפיינים מרכזיים של מערכת המשפט הפלילי הישראלית, שמחייבים רפורמה ושיפור, ושלפיכך הכרחי להביאם בחשבון בניסוח חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי. אקדים ואציין שגם אלה שאינם מסכימים עם חלק מהביקורת על המערכת, או אפילו עם כולה, אינם אמורים להתנגד לביצור זכויות הפרט בחוק יסוד זה. אדרבא, אם מאמינים שהמערכת ממילא פועלת בהתאם לזכויות אלה, גם אז רצוי לעגן בחוק היסוד, כדי להגן עליהן כראוי מפני שינויי חקיקה או פסיקה אפשריים בעתיד. זוהי בהחלט אחת ממטרותיה של חוקה.

המאפיין המרכזי הראשון הוא פליליות-יתר ועונשים מרביים מופרזים. חוק העונשין הוא ירושה רעה מהמנדט הבריטי. אומנם החלק הכללי הוחלף בחדש וטוב בהרבה², אך מאות העבירות נותרו כמעט ללא שינוי³: רבות מדי, רחבות מדי ועמומות – במקומות אחרים היו נפסלות כבלתי-חוקתיות.⁴ העונשים שבחוק מופרזים⁵ ואינם מקיימים את עקרונות הפרופורציה

² כך, למשל, חלקו הכללי של חוק העונשין המקורי, שאינו אלא תרגום לעברית של פקודת החוק הפלילי, 1936, לא כלל אפילו את דרישת המחשבה הפלילית ואת הגדרתה. החוק החדש מסדיר אותן בסעיפים 19 ו-20 (בהתאמה).

³ יורם שחר, "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936", **עיוני משפט** ז 75 (תשל"ט).

⁴ למשל עבירת השוטטות המבישה (סעיף 216(א)(5) לחוק העונשין, תשל"ז-1977); והעבירה מרמה והפרת אמונים המעורפלת (סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977). ראו בועז סנג'ור, **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 58 - 61 (2020).

⁵ כך נקבע, בין היתר, גם ב**דוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין** (1997).

וההגיונות.⁶ על הכנסת לספק לאזרחים חוק עונשין ראוי לשמו: לבטל לחלוטין את החוק הקיים ולחוקק חוק חדש, מתאים לתקופתנו, שיטתי, מקצועי, ערכי, מדריך ומכוון התנהגות.

מאפיין שני הוא ההימנעות מדיון פלילי ממשי והעדפת שיטת עסקות הטיעון. ההערכה היא שב-80% עד 90% מהתיקים כלל לא מבררים את האשמה. היתרון הנטען הוא היעילות; החיסרון הוא שמכיוון שמוותרים על בירור האמת, גם חפים מפשע מורשעים.⁷

מאפיין שלישי הוא היעדר מנגנוני בטיחות מפני הרשעות-שווא; וניוון המנגנונים הקיימים לתיקון טעויות. הערעור הפלילי הוא עקר, בין היתר בשל ההלכה שלפיה לא נוטים להתערב בממצאים עובדתיים.⁸ להערכתנו, רוב ההרשעות של חפים מפשע לא נוצרות מטעות משפטית, אלא מטעות בקביעת העובדות: שופטים לא מאמינים לנאשמים או לעדי הגנה דוברי אמת, מאמינים לעדי תביעה שמשקרים או טועים, נותנים משקל גדול לראיה מפלילה חלשה או משקל קטן לראיה מזכה חזקה. בשל ההלכה הנ"ל, רוב מכריע של הערעורים על ההרשעות נדחים. אשר למשפט החוזר, לפני כרבע מאה כתבתי עם פרופ' מרדכי קרמניצר מאמר שכותרתו "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון".⁹ הראנו שם את ההלכה-קופצת-היד, שתוצאתה הייתה שמשך כחצי מאה התקבלו רק בקשות אחדות. בעשורים שלאחר מכן, מול רבבות הרשעות ועשרות בקשות למשפט חוזר, קיבלו בממוצע רק בקשה אחת

⁶ השוו, למשל, בין צמד הסעיפים 330 ו-456 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: לניסיון לגרום חבלה לאדם באמצעות הנחת חומר נפיץ נקבע בס' 330 עונש של 14 שנות מאסר; ולניסיון להרוס נכס באמצעות הנחת חומר נפיץ נקבע בס' 456 עונש של 15 שנות מאסר. האומנם הקנין חשוב משלמות הגוף? וראו ביתר הרחבה: מרדכי קרמניצר, **עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות** (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית תש"ם).
⁷ ראו, למשל, אורן גזל, "הסדרי טיעון ובעיית החף", **משפטים** 1 ה' (2005); יוסף זהר, "משפט בצל המיקוח", **מחקרי משפט** לב 635 (2020).
⁸ ראו, למשל, ע"פ 2014/94 **סאלח נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 624, 628 (1996).

⁹ בוועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר, "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)", **עלי משפט א'** (תש"ס) 97.

בשנה. זהו המצב גם כיום.¹⁰ מנגנון אחרון הוא הדיון הנוסף, שמראש לא נועד לתיקון טעויות עובדתיות אלא רק "להעמדת ההלכה על מכונה".¹¹ בעשורים האחרונים פורסמו מחקרים המלמדים ששיעור ההרשעות של חפים מפשע גדול בהרבה משטעו לחשוב בעבר.¹² הדבר מחייב פיתוח מנגנונים של בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, תוך לימוד מתחומים אחרים שבהם פותחו שיטות בטיחות מתקדמות, כגון תעופה, תחבורה והנדסה.¹³

מאפיין רביעי הוא ההסתפקות בראיה יחידה לשם הרשעה. כיום ידוע שהראיות המסורתיות המרכזיות – ההודאה ועדות הראייה¹⁴ – הן מאוד לא מדויקות. אך המשפט עדיין מאפשר הרשעה על סמך כל אחת מהן לבדה. דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים הראה שגם בראיות המדעיות המרכזיות נפלות טעויות – אין בנמצא ראיה מושלמת.¹⁵ ההסתפקות בראיה יחידה לשם הרשעה באה לידי ביטוי מרכזי בהסתפקות בהודאת הנאשם כראיה יחידה להרשעה. הגישה המיושנת, הרואה בהודאה את "מלכת הראיות", נסתרה במחקרים החדשים, שלפיהם: גם חפים מפשע מודים; הגורמים להודאות-שווא מגוונים ולא מצומצמים לאוכלוסיות חלשות; שיעור הודאות-השווא משמעותי; ואין לבית-המשפט דרך להבחין בין

¹⁰ אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס, "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל", **מעשי משפט** ה' 193 (2013); רתם רוזנברג-רובינס, "עשרים שנה לתיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט: המשפט החוזר בישראל על פרשת דרכים", **עיוני משפט** מ' 379 (2017). וראו הספר החדש והמקיף בנושא: דורון מנשה ואיל גרונר **אולי נפלה טעות? התיאוריה של המשפט החוזר וניתוח פרשת זדורוב** (2021); ובעקבותיו: בועז סנג'רו, "בהחלט, נפלה טעות! על ספרם של דורון מנשה ואיל גרונר 'אולי נפלה טעות? התיאוריה של המשפט החוזר וניתוח פרשת זדורוב'", **הפרקליט** נה 3 (2022).

¹¹ סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ("נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר [...] רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת [...] או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה...").

¹² ראו להלן הערה 99.

¹³ Boaz Sangero, *Safè Convictions*, 30 CRIMINAL LAW FORUM 375 (2020)

¹⁴ Boaz Sangero, *Applying the STAMP Safety Model to Prevent False Convictions Based on Eyewitness Misidentifications*, 83 ALBANY L. REV. 931 (2020)

¹⁵ ראו ארבעת המקורות הנזכרים להלן בהערה 77.

הודאת-אמת לבין הודאת-שקר, בין היתר משום שגם בהודאות-שווא משובצים "פרטים מוכמנים".¹⁶

מאפיין מרכזי חמישי ואחרון של מערכת המשפט הפלילי הוא שלילת חירות מופרזת, הן במאסר והן במעצר. בדוח מבקר המדינה מ-1994 נמצאו ליקויים בכ-40% מהמעצרים.¹⁷ בעקבותיו נחקק ב-1996 חוק מעצרים חדש, שנועד למנוע מעצרים בלתי-מוצדקים ולצמצם באופן משמעותי את מספר המעצרים ואת משכם.¹⁸ אך מספר המעצרים המשיך לעלות והגיע לכ-60,000 בשנה.¹⁹ דו"ח מבקר המדינה בנושא "מעצרים פליליים בישראל – הליכי המעצר במשטרת ישראל ובבתי המשפט", שפורסם בשנת 2020, התריע על היעדר הקפדה על זכויות עצורים.²⁰ המאסרים רבים מדי, מספרם ואורכם היו עד לאחרונה בעלייה מתמדת.²¹ ב-2014 פורסם דוח מקיף של האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים,²² שסקנתו היא שריבוי המאסרים לא השיג הרתעה ולא מנע פשיעה, אלא גרם סבל מיותר למורשעים רבים

¹⁶ לסקירת המחקרים ולדיון בהם ראו בוועז סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 56 - 94 (2014). להצעות לשיפור ראו: Boaz Sangero, *Safety from False Confessions*, 54(1) CRIMINAL LAW BULLETIN Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 76 (2010); Brandon L. Garrett, *Contaminated Confessions Revisited*, 101 VA. L. REV. 395 (2015) (שני המחקרים יחדיו בחנו 66 הודאות שווא, שהשוואת ד.ג.א. במסגרת פרויקט החפות האמריקני הוכיחה את שקריותן ולאחר חקירה מעמיקה המורשעים זוכו. ב-62 מ-66 הודאות השווא מופיעים פרטים מוכמנים. מסקנת המחקר היא שחוקרי המשטרה, במודע או שלא במודע, מלמדים את הנחקרים את הפרטים המוכמנים, באמצעות שאלותיהם).

¹⁷ **דוח מבקר המדינה 45** לשנת 1994, ע' 377.

¹⁸ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ד – 1996.

¹⁹ ב-2021 הייתה ירידה מסוימת, לכ-46,000 מעצרים, כפי הנראה בשל השילוב בין מגפת הקורונה לבין החלטת בג"ץ שתוזכר מייד: משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי 2020**, ע' 35.

²⁰ דו"ח מבקר המדינה 70 בנושא **מעצרים פליליים בישראל – הליכי המעצר במשטרת ישראל ובבתי המשפט** (2020).

²¹ בוועז סנג'רו, "המאסר: השיבה מחודשת", **הסניגור** 220 עמ' 4 (2015); בוועז סנג'רו, "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה – 2005", **עלי משפט** ה' (תשס"ו) 247.

²² THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, *THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES – EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES* (2014).

ולבני משפחותיהם, הרס קהילות של שחורים והיספנים, ועלה סכומי עתק, שניתן היה להפנות לתוכניות רווחה בקהילה, בעלות סיכוי ריאלי להקטנת הפשיעה. המאסר מגדיל את הסיכויים שהנענש יהפוך לעבריין, שיפגע בחברה לאחר שחרורו. באותה שנה פורסם דוח דומה של האקדמיה הבריטית, עם הכותרת המרעננת "A Presumption Against Imprisonment"²³.
²³ סומך לאחר מכן פורסם בישראל דוח וועדת דורנר, עם מסקנות דומות.²⁴
 תנאי הכליאה בישראל מחפירים.²⁵ ב-2017 קיבל בג"ץ עתירה של ארגוני זכויות אדם והורה לרשויות להגדיל את שטח המחיה הממוצע לאסיר מכ-3 מ"ר בלבד ל-4.5 מ"ר.²⁶ להערכתנו, הדרך לקיום החלטת בג"ץ ולהתאמת המשפט הפלילי הישראלי לרוח התקופה היא שינויים בחקיקה שיצמצמו את השימוש במאסר ובמעצר.²⁷ חוק היסוד החדש, אם ייצקו לתוכו תוכן משמעותי, צפוי להניע רפורמות כאלה.

מהלך המאמר: **בפרק הראשון** תובא הצעת חוק היסוד הממשלתית, כשעליה מסומנים התוספות והתיקונים המוצעים במאמר זה. **בפרק השני** יובאו דברי-הסבר תמציתיים לשינויים ולתוספות המוצעים. חוק היסוד במתכונתו המורחבת המוצעת כאן יוכל לשמש מנוף לרפורמה כוללת בחקיקה בתחום המשפט הפלילי, על כל שלושת ענפיו: המהותי, הדינוני והראייתי.

א. מילוי הצעת החוק בתוכן

להלן הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, כשמשולבים בה התיקונים והתוספות המוצעים במאמר זה (מסומנים **בהבלטת אותיות וכצבע שונה**):

²³ THE BRITISH ACADEMY, A PRESUMPTION AGAINST IMPRISONMENT – SOCIAL ORDER AND SOCIAL VALUES (2014).

²⁴ דוח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (2015).

²⁵ רינת קיטאי סנג'רו, "תנאי כליאתם של עצורים: בין חזקת החפות לכבוד האדם", ספר השופט אורי קיטאי 293 (תשס"ח). כן ראו הדוחות השנתיים של הסניגוריה הציבורית; והחלטת בג"ץ הנזכרת בהערה הבאה.

²⁶ בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, וארגון רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, נציב בתי הסוהר ושרת המשפטים (נבו, 13/06/2017).

²⁷ להצעות לצמצום השימוש במעצר ראו רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** (2011); להצעות לצמצום השימוש במאסר ראו סנג'רו (המאסר: חשיבה מחודשת), לעיל הערה 21.

<p>1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.</p>	<p>עקרונות יסוד</p>
<p>2. חוקי יסוד זה, מטרתו להבטיח כי הגשמת תכליות ההליך הפלילי תיעשה תוך הגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך זה, כדי לעגן בחוקי יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; בחוקי יסוד זה, "הליך פלילי" - הליך חקירה, הליך מעצר ומשפט פלילי, לרבות ערעור, דיון נוסף ומשפט חוזר.</p>	<p>מטרה</p>
<p>3. (א) כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן.</p>	<p>הליך הוגן</p>
<p>(ב) הזכות להליך הוגן כוללת, מלבד זכויות שנוכרות להלן בסעיפים אחרים, בין היתר, את זכויות העצור או הנאשם לעיין בחומר החקירה ולהיות נוכח בדיונים; ואת זכויות הנאשם לערוך חקירה נגדית של עדי התביעה, להתעמת עם ראיות התביעה, להעיד, להזמין עדים ולהגיש ראיות.</p>	
<p>(ג) כל עוד נוהגת שיטת עסקות הטיעון, נאשם זכאי לקבל מהתביעה הצעה הוגנת, כך שלא יופלה לרעה בהשוואה לנאשמים אחרים בעבירה דומה.</p>	
<p>4. (א) אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו באופן מפורט ובהיר בחוק או לפיו.</p>	<p>עיקרון החוקיות</p>
<p>(ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם בשעה שביצע אותם לא היו המעשה או המחדל אסורים בחוק או לפיו; או אם האיסור טרם פורסם בתקשורת – "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".</p>	
<p>(ג) לא יוטל על אדם עונש בשל עבירה שביצע, החמור מזה שהיה קבוע לעבירה, בחוק או לפיו, בשעת ביצועה.</p>	
<p>(ד) איסור פלילי יפורש לפי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו. מבין שני פירושים סבירים למילות האיסור, גובר הפירוש המצמצם את האיסור ומותיר חירות רחבה יותר.</p>	

<p>5. (א) לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה. האשמה הנדרשת באה לידי ביטוי, ככלל, במודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה ובהיעדר סייגים לפליליות המעשה.</p>	<p>עיקרון האשמה</p>
<p>(ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל עבירה שעבר אדם אחר.</p>	
<p>5א. לא תוטל אחריות פלילית בהיעדר התנהגות – "אין עונשין על דברים שבלב"; אין להעניש על מחשבות בלבד.</p>	<p>עיקרון ההתנהגות</p>
<p>5ב. המשפט הפלילי הוא האמצעי האחרון. לא תיקבע ולא תוטל אחריות פלילית אם ניתן להשיג את מטרותיה בדרכים מתונות יותר.</p>	<p>עיקרון השיוויון</p>
<p>5ג. לא יוטל על אדם עונש חמור באופן בלתי פרופורציוני לחומרת העבירה שעבר.</p>	<p>עיקרון הפרופורציה</p>
<p>5ד. לא ייקבע בחוק ולא ייגזר בבית-משפט עונש מוות.</p>	<p>איסור על הטלת עונש מוות</p>
<p>5ה. ככלל, אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם. לא ייקבע בחוק עונש מאסר, ולא יגזור בית-משפט מאסר, אם ניתן להשיג את מטרותיו באמצעות עונש מתון יותר.</p>	<p>עיקרון מיעוט השימוש במאסר</p>
<p>15. (א) מטרת האיסור היא הגנה ראויה ולא מופרזת על ערך חברתי ראוי. (ב) בפרשנות האיסור, מטרתו תשמש רק לצמצום האיסור.</p>	<p>עיקרון הערך המוגן</p>
<p>6. (א) כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית.</p>	<p>חזקת החפות</p>
<p>(ב) לא יורשע אדם אלא אם אשמתו הוכחה מעבר לספק סביר, כלומר בקרבה לוודאות.</p>	
<p>(ג) אין להרשיע אדם על סמך ראיה יחידה כלשהי.</p>	
<p>7. אין להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבשלו הורשע או זוכה בעבר בהליך פלילי.</p>	<p>איסור על סיכון כפול</p>
<p>8. (א) כל חשוד או נאשם זכאי לשמור על זכות השתיקה לכל אורך החקירה והמשפט ואין לכפות עליו להעיד.</p>	<p>זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית</p>

<p>(ב) כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו במהלך חקירה ומשפט. עדות כפויה ותוצאה לא ישמשו כראיה להפלת מוסר העדות במשפט פלילי.</p> <p>(ג) כל חשוד זכאי שיודיעוהו לפני תחילת החקירה כי אינו חייב להשיב; כי דבריו עלולים לשמש נגדו כראיה בהליך פלילי; וכי הוא זכאי להיוועץ בסניגור, פרטי או מטעם הסניגוריה הציבורית.</p> <p>[במקום: " (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"]</p>	
<p>9. (א) כל אדם זכאי להיוועץ בעורך דין בנוגע לחקירה פלילית שבה הוא נחקר כחשוד, ללא דיחוי ולפני החקירה. ההיוועצות תקיים בפרטיות ותוך שמירה על סודיות.</p>	<p>ייצוג משפטי</p>
<p>(א1) אדם הנחקר כחשוד זכאי לנוכחות של סניגור במהלך החקירה.</p>	
<p>(ב) כל חשוד, נאשם או נידון זכאי להיות מיוצג בידי עורך דין ולהיוועץ בעורך דין בכל הליך פלילי בעניינו לפני רשות שיפוטית.</p>	
<p>(ג) אדם הנחקר כחשוד, עצור או נאשם המעוניינים בכך זכאים לייצוג על ידי סניגור ציבורי, ללא תשלום.</p>	
<p>10. (א) ככלל, אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם. מעצר ייעשה רק בהתקיים עילת מעצר הקבועה בחוק, ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק. אין לעצור אדם אם ניתן להשיג את מטרת המעצר, התואמת את עילת המעצר, בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו פחותה.</p>	<p>זכויות בהליך מעצר</p>
<p>(א1) מעצר ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין.</p>	
<p>(ב) כל עצור זכאי שיודיעוהו, במהלך ביצוע המעצר וללא דיחוי, במה הוא חשוד ומהי עילת מעצרו. [התייטר: את סיבת מעצרו].</p>	
<p>(ג) כל עצור זכאי שיביאוהו, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות מעת ביצוע המעצר, לפני רשות שיפוטית.</p>	

<p>10א. (א) ככלל, אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם. עיכוב ייעשה רק בהתקיים עילת עיכוב הקבועה בחוק, ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק. (ב) עיכוב ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין. (ג) כל מעוכב זכאי שיודיעוהו, עם תחילת העיכוב, במה הוא חשוד. (ד) משך העיכוב יהיה קצר ככל האפשר ובכל מקרה לא יעלה על שלוש שעות.</p>	<p>זכויות בהליך עיכוב</p>
<p>10ב. (א) ככלל, כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו. אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו. אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו. אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו. (ב) חיפוש, לרבות חיפוש על גופו של אדם, בכליו, ברשות היחיד שלו, במחשב ובטלפון שלו, ייעשה רק בהתקיים עילת חיפוש הקבועה בחוק, ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק. בהיעדר עילת חיפוש, אין די בהסכמה לביצוע החיפוש. (ג) חיפוש ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין. (ד) תפיסת נכס תהיה רק בהתקיים עילה הקבועה בחוק, בהתאם לתנאים הקבועים בחוק, לזמן המזערי ההכרחי להשגת מטרת התפיסה, ומשכה המרבי בהיעדר צו שיפוטי יהיה שבוע. היה הנכס מחשב אישי, טלפון או מכשיר אחר שבו אדם שומר את רשימותיו, לא ייתפס הנכס ללא צו שיפוטי. (ה) חילוט נכס יהיה רק בהתאם לעילה הקבועה בחוק ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק. אין לחלט נכס שהחזקתו איננה אסורה בדין אם המחזיק מציע במקומו ערבות סבירה.</p>	<p>זכויות בהליכי חיפוש ותפיסת חפצים</p>
<p>11. (א) חקירת עבירה תיעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין.</p>	<p>זכויות בהליך חקירה</p>
<p>(18) מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, אין להפעיל כנגד הנחקר לחץ פיזי, אין לאיים עליו, אין</p>	

<p>להשפילו, אין לשקר לו, במיוחד באשר לקיומן של ראיות מפלילות נגדו, ואין לחקור אותו יותר משעתיים ברציפות ויותר משש שעות ביממה.</p>	
<p>(2א) ככלל, חקירה תיערך ללא מעצר. החקירה איננה עילה למעצרו של הנחקר.</p>	
<p>(ב) אדם זכאי שיודיעוהו את החשד המיוחס לו לפני גביית הודעתו כחשוד.</p>	
<p>11א. (א) מורשע זכאי לערער על הרשעתו, בפני בית-משפט בהרכב של שלושה שופטים או יותר. (ב) מורשע זכאי למשפט חוזר אם התעורר חשש של ממש שנגרם עיוות דין. (ג) מורשע זכאי לכך שתיק משפטו לרבות כל הראיות יישמרו לצמיתות, כדי לאפשר בקשה למשפט חוזר.</p>	<p>זכויות לאחר הרשעה</p>
<p>12. אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני [,] או אכזרי או לא אנושי.</p>	<p>ענישה אסורה</p>
<p>13. מימוש הזכויות של קטין לפי חוק-יסוד זה ייעשה גם בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו; היה הקטין חשוד, נאשם או נידון, יינתן משקל מוגבר לטיפול בו ולשילובו בחברה, בעת הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו. (התייטר: משקל ראוי]</p>	<p>מימוש זכויותיו של קטין</p>
<p>14. אדם עם מוגבלות זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם מימוש זכויותיו לפי חוק-יסוד זה בהליך פלילי שהוא צד לו.</p>	<p>התאמות לאדם עם מוגבלות</p>
<p>15. (א) אדם שאינו דובר השפה העברית זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם הבנת השפה שבה מתנהל הליך פלילי שהוא צד לו. (ב) חקירה תתנהל רק בשפה שהחשוד שולט בה היטב.</p>	<p>התאמות לאדם שאינו דובר השפה העברית</p>
<p>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.</p>	<p>נפגע עבירה</p>
<p>17. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד</p>	<p>פגיעה בזכויות</p>

<p>לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.</p>	
<p>[ס' 17 הופיע בתזכיר הצעת החוק (כס' 15) והושטט. מוצע להחזירו ולהוסיף עליו:]</p>	
<p>17א. בהגנה על זכויות לפי חוק יסוד זה ובמימושן יינתן משקל הולם גם למכלול תכליות ההליך הפלילי, ובכללן שמירה על ערכי: חיי האדם, שלמות גופו, חירותו, פרטיותו, חופש הבחירה שלו וקניינו; שלום הציבור; גילוי האמת; עשיית צדק; והגנה על חפים מפשע.</p> <p>[התייטר: ביטחוננו האישי של אדם – זכה לפירוט].</p>	<p>שקילת תכליות ההליך הפלילי</p>
<p>17ב. (א) הרשויות תנקוטנה באמצעי בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, ככל תחומי הפרוצדורה והראיות. (ב) לא יורשע אדם אלא אם אשמתו הוכחה מעבר לספק סביר, כלומר בקרבה לוודאות. (ג) אין בכוחה של ראייה יחידה כלשהי כדי להוכיח אשמה מעבר לספק סביר. [אם סעיפים ב' ו-ג' ישולבו בס' 6 העוסק בחזקת החפות, לא יהיה בהם צורך גם כאן].</p>	<p>עיקרון ההגנה על חפים מפשע</p>
<p>18. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה.</p>	<p>תחולה</p>
<p>19. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.</p>	<p>יציבות החוק</p>
<p>20. אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.</p>	<p>נוקשות</p>
<p>21. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד; אולם בית-המשפט יפרש גם דין ישן ברוח חוק-יסוד זה. חלקה הראשון של הוראה זו יחול רק משך שלוש שנות הסתגלות.</p>	<p>שמירת דינים זמנית</p>

<p>(ב). בחלוף שלוש שנים מחקיקת חוק-יסוד זה, תחולנה הוראותיו גם על דין שהיה קיים ערב תחילתו.</p>	
---	--

ב. דברי הסבר לשינויים המוצעים: חוק היסוד כמנוף לרפורמה

(1) כללי

באופן כללי, ההצעה דלה מבחינת הזכויות שהיא מפרטת, איננה מוסיפה זכות כלשהי ואפילו לא מרחיבה או מחזקת זכות כלשהי של החשודים, הנאשמים, ובעצם כלל האזרחים – שהרי כל אחד עלול למצוא עצמו או את קרובו חשוד בעבירה פלילית. להלן יובאו הסברים תמציתיים לסעיפים השונים שמוצע להוסיף להצעת חוק היסוד. ההסברים מובאים בהתאם לסדר שבו ערוכה הצעת חוק היסוד. ראשון ההסברים יהיה באשר למידת הפירוט שבהצעה.

(2) מידת הפירוט הרצויה בחוק יסוד זה

יש הסבורים כי חוק יסוד צריך להיות מנוסח באופן תמציתי, ולהותיר את פירוט הזכויות הנזכרות בו לחקיקה רגילה ולפסיקת בתי-המשפט. כך, למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מנוסח באופן תמציתי מאוד, מסתפק בהצהרה כללית בדבר קיומן של הזכויות, אוסר על הפגיעה בהן (למשל, "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת")²⁸; אך "באותה נשימה" גם קובע שניתן לפגוע בזכויות אלה ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-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")²⁹; וקובע נוסחת איזון שבית-המשפט אמור להפעיל.

אלא שבמציאות הישראלית נראה שהמחוקק אינו מרבה לפרט בחקיקה רגילה את הזכויות שעליהן מצהיר חוק היסוד. לכאורה ניתן היה לצפות שהשופטים יפרשו את החוקים באופן שישמור היטב על הזכויות, אך ככל שמדובר בזכויות חשודים, נאשמים, עצורים ואסירים, נקודות האיזון שבהן

²⁸ סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²⁹ שם, סעיף 8.

בוחרים השופטים הן בדרך-כלל בעלות אופי של "שליטה בפשע" ולא של "הליך ההגן"³⁰ ובוודאי שאינן מגבילות את המחוקק בפגיעה בחירות שבאמצעות חקיקת האיסורים עצמם. כך, למשל, בית-המשפט העליון הכשיר בפרשת סילגדו³¹ אפילו את הסעיף הקיצוני ביותר בדין הפלילי המהותי (דיני העונשין) – סעיף 34א לחוק העונשין, המטיל אחריות לעבירות חמורות מאוד על מי ששותפו לעבירה אחרת עבר עבירה נוספת במהלך הביצוע המשותף של העבירה המתוכננת. כך, אם בוצעה בצוותא עבירה מתוכננת של שוד, התפרצות או אפילו רק גניבה, ובמהלכה אחד המבצעים-בצוותא, באופן לא מתוכנן ומפתיע המית אדם, יישא שותפו, שלא זו בלבד שלא השתתף בהמתה ("השותף הסביל") אלא אף לא צפה אותה (די בכך שאדם מן היישוב יכול היה לצפותה, כלומר די ברשלנות, הנבחנת במבחן אובייקטיבי) באחריות לעבירת המתה חמורה מאוד שדינה עשרים שנות מאסר.³² בזמן מתן פסק-הדין, לפני הרפורמה בעבירות ההמתה, הסעיף הוביל אפילו להרשעה ברצח, שאושרה בפסק-הדין סילגדו.³³ אחריות חמורה כזו מנוגדת הן לעיקרון ההתנהגות (שהרי "השותף הסביל" לא עשה פעולה כלשהי לקידום עבירת ההמתה של שותפו) והן לעיקרון האשמה (שהרי על בסיס רשלנות אובייקטיבית מטילים אחריות לעבירה חמורה של מחשבה פלילית; מודעות). בית-המשפט העליון הקנדי פסל הוראת חוק

³⁰ בעקבות שני המודלים הידועים שהציג המלומד הרברט פאקר, מודל השליטה בפשיעה, חוק וסדר (Crime Control), מול מודל ההליך ההגן, שמירה על זכויות החשודים והנאשמים (Due Process) – ראו: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 149-73 (1968).

³¹ ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002). לביקורת על פסק-הדין ראו: מרים גור-אריה, "השפעת המהפכה החוקתית על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו", ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרון ברק 325 (איל זמיר, ברק מדינה וסילביה פסברג עורכים, 1999); הדר דנציג-רוזנברג, "הסדר הטלת האחריות לעבירה נגרת: ההוררים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איוון אחרת", ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 683 (יורם רבין, דרור ארד-איילון ויניב ואקי עורכים, 2009); בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 292 - 294 (2020).

³² צירוף סעיפים 34א(1) ו-301ב(ג) ("המתה בניסבות של אחריות מופחתת") לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

³³ לעיל הערה 31.

דומה כמנוגדת לצ'רטר הקנדי.³⁴ אך בית-המשפט העליון הישראלי קבע שהוראת סעיף 34א לחוק העונשין היא מידתית ואיננה סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁵ עמדה כזו אינה מותירה תקווה גדולה לפסילת הסדרים לא מידתיים אחרים שבדיני העונשין הישראליים. ואכן, עד היום לא מצא בית-המשפט העליון לנכון לפסול כבלתי-מידתית אף לא הוראה אחת של דיני העונשין הישראליים. כביכול כולן מידתיות.

לדוגמא זו מתחום המשפט הפלילי המהותי ניתן להוסיף דוגמאות רבות מתחום המשפט הפלילי הדיוני (כגון הכשרת המניעה השיטתית של מפגשי חשודים עם סניגורים בחלקה הראשון והחשוב ביותר של החקירה במשטרה³⁶; וכגון הכשרת המציאות של מעצר לצורך חקירה חרף עילות המעצר המוצמזמות שנקבעו בחוק המעצרים³⁷) ודוגמאות רבות מתחום דיני הראיות (כגון ההלכה שמאפשרת הרשעה על סמך הודאה-בחקירה בלבד,

34 בית המשפט העליון הקנדי דן במקרה של שור, שבו אחד השודדים ירה למוות במתנגד. נפסק שסעיף חוק המטיל אחריות חמורה למוות ללא דרישה של צפיית המוות איננו חוקתי. סעיף 7 לצ'רטר הקנדי קובע שהמשפט הפלילי המהותי חייב להיות בהתאם לעקרונות של צדק בסיסי (principles of "fundamental justice"). ראו: GEORGE FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW 101 – 104 (2007).

35 סילגרו, לעיל הערה 31. כדי להגיע לתוצאה שונה, השוללת את ההסדר הבלתי-מידתי-בעליל שקבוע בסעיף 34א לחוק העונשין, די יהיה לתת תוקף לסעיף 5 להצעתי שלעיל, המעגן את עיקרון ההתנהגות (אין עבירה ללא התנהגות; אין מענישים על מחשבות בלבד) שהרי סעיף 34א מפר עיקרון יסוד זה של דיני העונשין. בנוסף, לפי התוספת שהצעתי לעיל לסעיף 5(א), "...האשמה הנדרשת באה לידי ביטוי, ככלל, במודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה ובהיעדר סייגים לפליליות המעשה", ולכן אין להסתפק ברשלנות כפי שעושה סעיף 34א.

36 סעיף 34(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 מאפשר להשהות פגישה בין עצור לבין סנגורו כאשר החשוד נמצא בעיצומם של הליכי החקירה. לפי ממצאי הסנגוריה הציבורית, המצב הרגיל הוא שעצור אינו פוגש את סנגורו לפני חקירתו הראשונה. ראו פסקה 11 בע"פ 5121/91 טור' (מיל') יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (נבו, 4.5.06).
37 רינת קיטאי "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" עלי משפט ו 47, 67 (2007).

תוך הסתפקות ב"דבר מה נוסף" קל כנוצה³⁸; וכגון ההלכה שמאפשרת הרשעה על סמך עדות ראייה בלבד³⁹.

על רקע זה, כשמדובר בזכויות אדם בסיסיות הבאות לידי ביטוי בזכויות חשודים, נאשמים, עצורים ואסירים, כדי להגשים את מטרת חוק היסוד "הגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך זה" ("הליך חקירה, הליך מעצר ומשפט פלילי")⁴⁰ אין די בהצהרות כלליות, אלא יש למלא את הצעת חוק היסוד בתוכן משמעותי, תוך פירוט הזכויות באופן שימנע את ריקונן מתוכן באמצעות חקיקה רגילה; וימנע את דילול הזכויות באמצעות פרשנות שיפוטית שבאה לאזן בין אינטרסים שונים רבים.

פירוט הזכויות בהצעת חוק-יסוד זכויות בהליך הפלילי נדרש יותר מאשר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראשית, משום שזכויות החשודים, הנאשמים, העצורים והאסירים נובעות כולן מזכויות האדם הבסיסיות ביותר שעל חלקן כבר מוצהר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכאן שבעצם ההחלטה לחוקק חוק יסוד נפרד ולא להמשיך ולהניח שזכויות "האחרונים" (החשודים, הנאשמים, העצורים והאסירים) מוגנות באמצעות זכויות הראשון (האדם) טבועה ההחלטה להוסיף קביעות משמעותיות בהשוואה להצהרות הכלליות. בנוסף, בעוד שניתן להניח שמחוקקים ושופטים ממילא ייטו לשמור על זכויות האדם, אין להניח כמובן מאליו שהם ייטו לשמור על זכויות "האחרונים".

תפישה מוטעית של המשפט הפלילי מובילה למחשבה שפליליות רבה היא מחיר הכרחי לשמירת שלום הציבור. תפישה נכונה לא מחלקת את העולם ל"טובים" ול"רעים": אנו הטובים, שומרי החוק, בעלי האמצעים (ובארצות-הברית - הלבנים); והם הרעים, חסרי הכל (ובארצות הברית - השחורים וההיספנים) פורעי החוק שמנסים לגזול את שלנו ולכן מוצדק שנילחם בהם.⁴¹ התפישה הנכונה היא שמדובר במערכת היחסים שבין האזרח לבין המדינה וצריך לשמור על האזרח מפני כוחו העצום של השלטון. המשפט הפלילי מגדיר את מידת החירות שנותרה לנו בעקבות

³⁸ להפניות לפסיקה זו ולביקורת עליה ראו בועז סנג'ור, "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השוא? הסכנה – הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון – 'סיוע' – ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית", **עלי משפט** ד 245 (2006).

³⁹ נגה שמואלי-מאייר **ראיית הזיהוי** (2021).

⁴⁰ סעיף 2 להצעת חוק היסוד, לעיל הערה 1.

⁴¹ ראו גם: יואב ספיר, "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה", **משפט וממשל** י 571, 579 (תשס"ז).

האמנה החברתית וההתאגדות כמדינה. העולם לא נחלק לטובים ולרעים וכל אחד עלול למצוא עצמו, או את אחד מקרוביו או מכריו, חשוד בעבירה. חוק פלילי טוב צריך להיקבע מעבר למסך-הבערות שלימדנו ג'ון רולס⁴²; מבלי שיהיה מובטח מראש שאנו בצד של בעלי האמצעים ושל אוכפי החוק ולא חלילה בצד של חסרי האמצעים, החשודים והנאשמים. רק בחשיבה כזו נבטיח את זכויות הפרט. אך מכיוון שקיימת הטיה טבעית של מחוקקים ושופטים, כמו גם של חוקרי משטרה ותובעים, לראות בחשודים ובנאשמים את "הם – הרעים" בהבדל מ"אנו – הטובים", הדרך להגן הגנה ממשית על זכויות האדם של "האחרים" "האחרונים" היא לפרט את זכויותיהם בחוק היסוד יותר מהרגיל בתחום חקיקת חוקי היסוד. חוק היסוד צריך להיות מגילת זכויות של האזרחים, המגבילה את כוחו של השלטון לפגוע בזכויות ובאזרחים בשם ההגנה על שלום הציבור; מעין "מגנה כרטה"⁴³ המעודכנת לתפישות המקובלות בימינו. מכאן לדברי הסבר לסעיפים המסוימים שבהצעת חוק היסוד.

(3) "הליך הוגן" - פירוט הזכויות המרכזיות בסעיף 3(ב)

הצעת חוק היסוד מסתפקת ב"מברק" הקצרצר שבסעיף 3 "כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן". מבין הזכויות המרכזיות שמקובלות בעולם כחלק מהמושג "הליך הוגן" מפורטות בהמשך ההצעה רק זכויות אחדות, ומוצע בזה להשלימן תוך הזכרת כמה זכויות מרכזיות שנשכחו:

"(ב) הזכות להליך הוגן כוללת, מלבד זכויות שנזכרות להלן בסעיפים אחרים, בין היתר, את זכויות העצור או הנאשם לעיין בחומר החקירה ולהיות נוכח בדיונים; ואת זכויות הנאשם לערוך חקירה נגדית של עדי התביעה, להתעמת עם ראיות התביעה, להעיד, להזמין עדים ולהגיש ראיות".

כפי שנאמר נכונה בדברי הסבר להצעה הממשלתית, יש "להבטיח את ההגנה על זכויות האדם שהוא צד להליך הפלילי, לאורך כל שלבי ההליך, בשל יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין רשויות אכיפת החוק לבין מי שההליך הפלילי מתנהל נגדו"⁴⁴. בדיוק בשל כך, לא די בצמד המלים "הליך הוגן", אלא יש לפרט את הזכויות המרכזיות המקובלות בהקשר זה.

⁴² JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 12, 136–141 (1971). "בערות" במונח של חוסר ידיעה ולא במונח של שכלות. התרגום המקובל של הביטוי לעברית איננו מוצלח.

⁴³ Magna Carta 1215 (ENG).

⁴⁴ הצעת חוק-היסוד, לעיל הערה 1, ע' 694.

(4) "הליך הוגן" מול עסקות-הטיעון - הוספת סעיף 3(ג)

3(ג) כל עוד נהגת שיטת עסקות הטיעון, נאשם זכאי לקבל מהתביעה הצעה הוגנת, כך שלא יופלה לרעה בהשוואה לנאשמים אחרים בעבירה דומה."

הצעת החוק המקורית קובעת בסעיף 3 "כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן". נוסח זה מתעלם מכך שרוב מכריע שמוערך כנע בין 80% לבין 90% מההליכים הפליליים בישראל מסתיימים בעסקות טיעון: כלל לא מבררים את העבירה ואת האשמה, אלא מרשיעים על סמך הודאת הנאשם בבית-המשפט.⁴⁵

שיטת עסקות הטיעון חותרת תחת ההליך ההוגן ולדעתי יש להיגמל ממנה ולשוב לניסיון לעשיית צדק שהיה קיים עד שנות השבעים של המאה העשרים. אך כל עוד קיימת שיטת עסקות הטיעון, חוק כזה חייב להתייחס אליה, אחרת לא יגונן על רוב הנאשמים. במקום שבו השיטה היא של עסקות טיעון (שיטה שאני מסתייג ממנה מאוד) צריכה להיות לנאשם זכות לקבלת הצעה הוגנת לעסקת טיעון, כך שלא יופלה לרעה בהשוואה לנאשמים אחרים שעברו עבירות דומות. הדבר לא צריך להיות חסד של התובע כלפי הנאשם או סנגורו. בהיעדר זכות כזו, רוב זכויות הנאשמים נותרות ריקות מתוכן מבחינה מעשית. בדומה, בית-המשפט העליון האמריקני מצא לנכון לקבוע זכויות מסוימות של נאשמים במשא ומתן לכריתת עסקת טיעון, בהגישו כי למעלה מ-90% מההליכים הפליליים מסתיימים בעסקת טיעון, ללא שמיעת הוכחות.⁴⁶

במצב הקיים, הצעת התביעה לעסקת טיעון עשויה להיות מושפעת מגורמים שונים ומשונים, כגון טיב היחסים שבין התובעת לסניגורית, עומס העבודה המוטלת על התובעת והסימפטיה או הדחייה שמעוררת בה הנאשמת (ושמעוררת בה הסניגורית). שיקול-הדעת השיפוטי שמאפשר לדחות עסקה מצומצם מדי, מופעל נדירות, ורק להחמרה. שיקול-הדעת של התביעה רחב מדי. נדרש פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות ועל המדיניות

⁴⁵ אורן גזל-אייל וקרן וינשל-מרגל, "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים – מחקר אמפירי", משפטים מד 835, 870 (תשע"ה); משרד המשפטים דו"ח סיכום הפעילות של פרקליטות המדינה לשנת 2018 (2019).

⁴⁶ 94% מההליכים במדינות השונות שבארצות-הברית ו-97% מההליכים הפדרליים מסתיימים בעסקות טיעון: v. Frye, 566 U.S. 134, 143 Missouri (2012); Lafler v. Cooper, 566 U.S. 156, 170 (2012).

שלה באשר לעסקות הטיעון.⁴⁷ חייבת להיות מדיניות ברורה של התביעה שתפרט מהי ההצעה המקובלת לעבירות שונות (כגון לעבירת התפרצות שלא לבית מגורים המבוצעת על ידי מי שאיננו עבריין מועד – הצעה לעונש שאיננו מאסר אלא ...). מדיניות זו יש לפרסם ולהנהיג פיקוח עליה ועל יישומה.

בספרות המשפטית קיימות התייחסויות שונות לנושא: לפי הפרופסורים האמריקניים סטוניץ וסקוט עסקת הטיעון היא חוזה⁴⁸; לפי פרופ' איסטרברוק - פשרה⁴⁹; לפי פרופ' לנגביין – עינויים מודרניים⁵⁰; ולפי פרופ' שולהופר – אסון.⁵¹ להערכתי, האפיונים כחוזה וכפשרה אולי מתאימים לאשמים, אך כשמדובר בחפים מפשע לפנינו עינויים שמובילים לאסון.

זוהי תעשיית הרשעות, גם של אשמים וגם של חפים. יש קשר הדוק בין שיעור ההרשעות הגבוה מאוד לבין שיעור עסקות הטיעון. השניים מחזקים זה את זה: מצד אחד, מכיוון שבעסקת טיעון התוצאה היא תמיד הרשעה (מתוך הגדרה), ברור שעסקות הטיעון תורמות לכך ששיעור הזיכויים הוא פחות מאחוז.⁵² מצד שני, משום ששיעור ההרשעות כה גבוה, כמעט כולם מעדיפים להודות במסגרת עסקות טיעון – הן אשמים והן חפים.

חרף השימוש בביטוי המעודן "הסדר טיעון", מבחינה מהותית מדובר בעסקה. עד שנות השבעים (של המאה העשרים) בית-המשפט העליון גינה את עסקות הטיעון וכמעט שלא השתמשו בהן; בהמשך בית-המשפט אמר על עסקת הטיעון פעמים רבות "הכרח כל יגונה"⁵³; ובשלב האחרון החל

47 וראו ביתר הרחבה: בועז סנג'רו, "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות", **הסניגור** 4, 145 (2009).

48 Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L. J. 1909 (1992)

49 Frank H. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, 101 YALE L. J. 1969 (1992).

50 John H. Langbein, *Torture and Plea-Bargaining*, 46 U. CHICAGO L. REV. 3 (1978).

51 Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 YALE L. J. 1979 (1992).

52 בועז סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 177 – 179 (2014); בועז סנג'רו, "לא סכנה אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות'", **מאזני משפט י'** 58 – 62 (2015).

53 ע"פ 532/71 **בחמוצקי נגד מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543, 554, 559 (1972).

לעודד אותה בשם היעילות.⁵⁴ בית-המשפט העליון קיבל כנימוק לגיטימי מצד התביעה לא רק חיסכון במשאבים משפטיים, אלא גם קשיים ראייתיים.⁵⁵ אך כשאין ראיות שמספיקות להרשעה, מנין לנו שהנאשם אכן אשם? ייתכן מאוד שמדובר בחף מפשע. הפער הגדול בין העונשים המופרזים שבחוק העונשין לבין אלה שמציעה התביעה מפתה גם חפים מפשע להודות.⁵⁶

מלבד קביעה בחוק היסוד של הזכות לקבלת הצעה הוגנת, יש לקבוע בחוק סדר הדין הפלילי שלפני אישור עסקת טיעון, תיק החקירה יועבר לבית-המשפט, ושעליו יהיה לבחון אם יש ראיות משמעותיות אחרות מלבד ההודאה, שמראות שהנאשם אכן עבר את העבירה. אם לא ייקבעו מנגנוני בטיחות מסוג זה⁵⁷, תמשיך להתנהל תעשיית הרשעות ללא הוכחות, גם של אשמים וגם של חפים.

(5) עיקרון החוקיות – חיזוקו תוך פירוטו בסעיף 4

ראשית, מוצע בזה להוסיף בסעיף 4(א) את המלים "באופן מפורט ובהיר", כך: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו באופן מפורט ובהיר בחוק או לפיו". החוק הפלילי צריך להבהיר היטב מה אסור, באופן שלא רק משפטנים יבינו את האיסור, אלא גם כל יתר האזרחים והתושבים. כפי שכתב צ'זרה בקריה כבר במאה ה-18: "ברצונכם למנוע פשעים? הקפידו שהחוקים יהיו ברורים ופשוטים".⁵⁸ במשפט האמריקני, הדרושה

54 ראו, למשל, דברי הנשיא גרוניס בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 799, 550 – 800 (2008).

55 ראו, למשל, ע"פ 2021/17 מצגר נ' מדינת ישראל, סעיף 13 (פורסם בנבו, 30.4.2017).

56 Boaz Sangero, *Safety from Plea-Bargains' Hazards*, 38 PACE L. REV. 301, John H. Langbein, *Land Without Plea-Bargaining: How the* ;302 (2018) H. ; *Germans Do It*, 78 MICH. L. REV. 204, 213 (1979-1980) Mitchell Caldwell, *Coercive Plea Bargaining: The Unrecognized Scourge of the Justice System*, 61 CATH. U. L. REV. 63, 64 (2011)

57 למנגנוני בטיחות אפשריים מפני הרשעות של חפים מפשע במסגרת עסקות-הטיעון ראו (Sangero (*Safety from Plea-Bargains' Hazards*), שם.

58 צ'זרה בקריה על פשעים ועל עונשים 106 (עתליה זילבר מתרגמת, שחר אלדר עורך, 2018) (הספר המקורי נכתב ב-1764).

לבהירות האיסור קבועה בחוקה ואיסור פלילי מעורפל הוא בטל.⁵⁹ גם בדברי ההסבר להצעה הממשלתית נאמר "על איסורים פליליים שייקבעו להיות בהירים וברורים דיים". יש לקבוע זאת בחוק היסוד עצמו. שנית, לקביעה בסעיף 4(ב) "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם בשעה שביצע אותם לא היו המעשה או המחדל אסורים בחוק או לפיו" מוצע בזה להוסיף תנאי מקובל⁶⁰ תוך שיפורו "או אם האיסור טרם פורסם בתקשורת – 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' ". בחקיקה רגילה יש לקבוע שהפרסום יהיה בלשון שמוכנת גם לאלה שאינם משפטנים, ובכל ארבע השפות הנפוצות בישראל: בעברית, בערבית, ברוסית ובאמהרית. כך יוגשם עיקרון החוקיות גם במציאות ולא ייוותר רק עלי ספר. שלישית, מוצע בזה לקבוע בחוק היסוד את כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, כך: "איסור פלילי יפורש לפי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו. מבין שני פירושים סבירים למילות האיסור, גובר הפירוש המצמצם את האיסור ומותיר חירות רחבה יותר". כלל הפרשנות המצמצמת מקובל מאוד בתיאוריה של המשפט הפלילי ובשיטות משפט זרות כנגזרת ישירה של עיקרון החוקיות.⁶¹ הוא נובע מהשאיפה למתן אזהרה הוגנת לפרט.

(6) עיקרון האשמה – חיזוקו תוך פירוט האשמה הנדרשת

בפלילים בסעיף 5

ההצעה הממשלתית מסתפקת בקביעה "לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה". מוצע בזה למלא אמירה כללית זו בתוכן, כך: "האשמה הנדרשת באה לידי ביטוי, ככלל, במודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה ובהיעדר סייגים לפליליות המעשה". דרישת המודעות מקובלת מאוד בתיאוריה של המשפט הפלילי ובשיטות משפט זרות,⁶² ואף קבועה בחוק

⁵⁹ ראו, למשל, W.R. LAFAVE & A.W. SCOTT, CRIMINAL LAW 83 ff. (1972), תחת הכותרת "Unconstitutional Uncertainty – the Void-for-vagueness Doctrine". וראו PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES vol. I, 159 ff. (Minn., 1984) (Cumulative Supplement 1988).

⁶⁰ סעיף 3(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 – "אין עונשין למפרע": "חקיקה היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר".

⁶¹ סנג'רו, לעיל ה"ש 31, עמ' 82 – 87; וראו סעיף 34 כחוק העונשין, תשל"ז-1977.

⁶² שם, עמ' 125 – 126.

העונשין הישראלי.⁶³ לכאורה ניתן להסתפק בכך. אך כל עוד הכלל שלפיו לצורך אחריות פלילית נדרשת מודעות לא מעוגן בחוק יסוד, ניתן בנקל לשנות את חוק העונשין ולבטל כלל חשוב זה.

(7) עקרונות היסוד של דיני העונשין שנשכחו – הוספתם

בסעיפים 5א – 5ה

ההצעה הממשלתית מסתפקת בשניים מעקרונות היסוד של דיני העונשין – עיקרון החוקיות ועיקרון האשמה – ומזניחה עקרונות יסוד אחרים, שמוצע בזה להוסיפם לחוק היסוד: **עיקרון ההתנהגות** - "אין עונשין על דברים שבלב" (מחשבות) - שלפיו אין איסור ואין עבירה במציאות ללא התנהגות⁶⁴; **עיקרון השווריות**, שלפיו המשפט הפלילי הוא האמצעי האחרון ולכן לא תיקבע ולא תוטל אחריות פלילית אם ניתן להשיג את מטרותיה בדרכים מתונות יותר⁶⁵ (עיקרון זה לא מקיים בישראל, הסובלת מפליליות-יתר⁶⁶); **עיקרון הפרופורציה** שבין חומרת העבירה לבין חומרת העונש⁶⁷; **עיקרון מיעוט השימוש במאסר**, שלפיו "ככלל, אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם.⁶⁸ לא ייקבע בחוק עונש מאסר, ולא יגזור בית-משפט מאסר,

⁶³ דרישת המודעות קבועה בסעיף 19 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 "דרישת מחשבה פלילית" ומוגדרת באופן מפורט בסעיף 20 לחוק.

⁶⁴ להרחבה אודות עיקרון ההתנהגות ראו סנג'רו, לעיל הערה 31, עמ' 66 – 72.
⁶⁵ לפירוט המתייחס לעיקרון השווריות ראו שם, ע' 62 – 64. למתכון משוכלל ליישום עיקרון השווריות, באמצעות "שרשרת ההפלה" שיש לבחון היטב לפני הוספת איסור, ראו אסף הרדוף, "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 272–276 (2012). למעשה, בהינתן חוק העונשין המיושן הקיים, רצוי היה להעביר כל אחת מהעבירות הקבועות בו במסגרת זו של "שרשרת ההפלה" ובהתאם לתוצאות הבדיקה לבטל חלק מהעבירות (אלה שאין להן הצדקה מספקת) ולצמצם את היקפן של (מרבית) יתר העבירות. וראו גם: אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג, "המעמד החוקתי של שווריות המשפט הפלילי", **ספר אליהו מצא** 373 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'ייה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

⁶⁶ סנג'רו, שם; הרדוף, שם; וראו לעיל הערה 3 והטקסט המפנה אליה.
⁶⁷ להרחבה באשר לעיקרון הפרופורציה ראו סנג'רו, לעיל הערה 31, עמ' 74 – 80.

⁶⁸ שמונה המלים האחרונות הן ציטוט מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אם ניתן להשיג את מטרותיו באמצעות עונש מתון יותר"⁶⁹; באותה הזדמנות רצוי לקבוע כי "לא ייקבע בחוק ולא ייגזר בבית-משפט עונש מוות"⁷⁰; ועיקרון הערך המוגן, שלפיו "מטרת האיסור היא הגנה ראויה ולא מופרזת על ערך חברתי ראוי", ולכן "בפרשנות האיסור, מטרתו תשמש רק לצמצום האיסור"⁷¹. עקרונות יסוד אלה אינם שנויים במחלוקת. חוק יסוד שלא יבטיח אותם יהווה החמצה. אין לוותר על הזכרת עיקרון יסוד כלשהו בנימוק שהוא מובן מאליו, משום שבעתיד דווקא חקיקת חוק יסוד שמבצר עקרונות יסוד אחרים עלולה להוליך להחלשתו של עיקרון יסוד שלא נזכר בחקיקה החדשה.

(8) "חזקת החפות" – חיזוקה תוך הוספת סעיפים 6(ב) ו-6(ג)

לדיון בעונש המאסר ובשימוש בו ראו סנג'רו, לעיל הערה 31, עמ' 43 – 56.⁶⁹ יצוין כי בדיון וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בענישה (1997) ("וועדת גולדברג") הומלץ לחוקק סעיף חשוב כדלקמן: 8(ב) לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנידון אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר". וראו המאמרים הנזכרים לעיל בהערה 21. וראו רות קנאי, "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית?" **משפטים** לה 147 (תשס"ה); וראו האסמכתאות הנ"ל בה"ש 21 - 26.

ישראל נחשבת למבטלת-למעשה (abolitionist de facto) של עונש המוות;⁷⁰ ובהחלט הגיע הזמן להתקדם מעבר לחוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954. ראו בועז סנג'רו, "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט", **עלי משפט** ב' (תשס"ב). בעבר ניתן היה להציג טיעונים תקפים בעד ונגד עונש המוות. כיום, משידוע שקיימת תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע, אפשרות הטעות שוללת זכות מוסרית להפעיל עונש מוות.

לדיון בעיקרון הערך המוגן ראו: מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", בספר **גבורות לשמעון אגרנט** 325, 327-328 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1987); סנג'רו, לעיל הערה 31, עמ' 64 – 66; אסף הרדוף, **עברת הגניבה** 102 – 105 (2014) (פרק-המשנה "על חשיבותו של הערך המוגן במשפט הפלילי").⁷¹

קשה להפריז בחשיבותה של חזקת החפות.⁷² אך הצעת חוק היסוד מסתפקת באמירה הכללית מאוד "נאשם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית". מוצע להשלימה בקביעה שמקובלת כבר כיום:⁷³ "לא יורשע אדם אלא אם אשמתו הוכחה מעבר לספק סביר, כלומר בקרבה לוודאות".

יתרה מזו, מוצע לשפר באופן משמעותי את דיני הראיות הישראלים באמצעות קביעת כלל בטיחות הכרחי מפני הרשעת חפים מפשע: "אין להרשיע אדם על סמך ראיה יחידה כלשהי". כלל זה מתקבל משילוב ההצהרה היפה בדבר חזקת החפות והדרישה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר, כלומר בקרבה לוודאות; יחד עם הידע המדעי שלפיו אין בנמצא ראיה מושלמת, שלא נופלות באשר אליה טעויות⁷⁴ (false positive = 0). כך כשמדובר, למשל, בהודאה⁷⁵ או בעדות ראיינה⁷⁶, וכך אפילו כשמדובר בראיות המדעיות (על-פי דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים ומקורות נוספים)⁷⁷ – בכל הראיות נופלות שגיאות. ובכיוון ההפוך: האפשרות הקיימת כיום להרשיע אדם על סמך ראיה יחידה שנופלות בה טעויות חותרת תחת חזקת החפות ומותירה אותה כסיסמא חסרת ערך רב.

⁷² ראו רינת קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים", **עלי משפט** ג 405 (תשס"ד – 2003); Rinat Kitai, *Presuming Innocence* 55 OKLAHOMA L. REV. 257 (2003); Rinat Kitai, *Protecting the Guilty* 6 BUFF. CRIM. L. REV. 1163 (2002).

⁷³ סעיף 34 כב לחוק העונשין – "נפקותו של ספק" – "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". ס"ק ב' לחוק מחיל זאת גם על הסייגים לאחריות פלילית.

⁷⁴ Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why a Conviction Should not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform* 48 JURIMETRICS: THE J. OF L., SCIENCE AND TECHNOLOGY 43 (2007).

⁷⁵ Boaz Sangero, *Safety from False Confessions* 54 CRIM. L. BULL. 25 (2018).

⁷⁶ Boaz Sangero, *Applying the STAMP Safety Model to Prevent False Convictions Based on Eyewitness Misidentifications*, 83 ALBANY L. REV. 931 (2020).

⁷⁷ National Academy of Sciences, Nat'l Rsch. Council, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (2009). וראו: בוועד סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 105 - 154 Boaz Sangero, *Safety from Flawed Forensic Sciences Evidence*, 34 (2014); Boaz Sangero, *Safety in Forensic Science* Georgia. St. U. L. Rev. 1129 (2018); *Science*, 82 Ohio State L. J. Online (2021).

(9) איסור על סיכון כפול – תיקון כותרת סעיף 7

כותרת ההצעה הממשלתית היא "סיכון כפול". מוצע בזה להוסיף ולהקדים לה את צמד המלים "איסור על", כדי שתשקף את תוכן הסעיף.

(10) זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית – תיקון סעיף 8

סעיף 8(א) להצעה הממשלתית קובע זכות לאי הפללה עצמית לכל אדם בעת גביית הודעתו בחקירה: "כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה פלילית". סעיף 8(ב) קובע "כל נאשם זכאי שלא יכפו עליו להעיד לפני רשות שיפוטית בהליך הפלילי בעניינו". במקום זאת, מוצע בזה לקבוע לחשודים ולנאשמים⁷⁸ זכות שתיקה לכל אורך החקירה והמשפט. זכות השתיקה נובעת מהחובה המוטלת על המדינה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר. גם חפים מפשע עלולים להפליל עצמם בדבריהם.⁷⁹ בנוסף, מוצע לקבוע לכל אדם זכות שלא להפליל עצמו⁸⁰; ולקבוע זכות לקבלת הודעה על זכויות אלה; כך:

"8. (א) כל חשוד או נאשם זכאי לשמור על זכות השתיקה לכל אורך החקירה והמשפט ואין לכפות עליו להעיד.

(ב) כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו במהלך חקירה ומשפט. עדות

כפויה ותוצאיה לא ישמשו כראיה להפללת מוסר העדות במשפט פלילי.⁸¹
 (ג) כל חשוד זכאי שיודיעוהו לפני תחילת החקירה כי אינו חייב להשיב;
 כי דבריו עלולים לשמש נגדו כראיה בהליך פלילי; וכי הוא זכאי להיוועץ
 בסניגור, פרטי או מטעם הסניגוריה הציבורית."

⁷⁸ כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעה הממשלתית עצמה, "אחד הרציונלים המרכזיים נוגע לרצון שלא להעמיד חשוד ונאשם בפני הטרילמה המוסרית..." (ההדגשה הוספה). הצעת חוק-היסוד, לעיל הערה 1, ע' 701.

⁷⁹ ראו: רינת קיטאי-סנג'רו "שתיקה כהודאה: על התפילה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה", **משפט וצבא** י"ח 31, 58 - 64 (תשס"ה); Rinat Kitai-Sangero and Yuval Merin, "Probing Into Salina's Silence – Back to the 'Accused Speaks' Model?", 15 NEVADA LAW 77 (2014).
⁸⁰ Rinat Kitai-Sangero, The Protection of Free Choice and the Right to Passivity: Applying the Privilege against Self-Incrimination to Physical Examinations and Documents' Submission, 29 WILLIAM AND MARY BILL .OF RIGHTS JOURNAL 271 (2020).

⁸¹ ראו סעיף 47 (ב) לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א – 1971. מוצע להוסיף התייחסות גם לתוצאיה של העדות הכפויה, כמקובל בדין האמריקני – ראו *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 453 (1972).

כן מוצע לשנות את שם הסעיף מ"הפללה עצמית" ל"זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית".

(11) ייצוג משפטי – שינויים ותוספות בסעיף 9

ראשית, מוצע בזה להחזיר את המלים החשובות "ללא דיחוי" שהופיעו בתזכיר הצעת החוק והושמטו משום מה מההצעה הממשלתית, ולהוסיף את המלים החשובות "ולפני החקירה", כך: "כל אדם זכאי להיוועץ בעורך דין בנוגע לחקירה פלילית שבה הוא נחקר כחשוד, ללא דיחוי ולפני החקירה". במציאות ידוע שחוקרי משטרה מנסים ומצליחים לחקור חשודים לפני ההיוועצות⁸², ולכן חשוב לקבוע שההתייעצות תיעשה לפני החקירה. שנית, מוצע בזה להוסיף את המלים "ההיוועצות תתקיים בפרטיות ותוך שמירה על סודיות".

שלישית, יש לקבוע זכות לנוכחות סניגור כמשקיף בחקירה – כמקובל בשיטות משפט אחרות.⁸³ נוכחות זו היא חשובה ביותר כדי להבטיח שהחוקרים יפעלו רק בהתאם לחוק. יובהר כי הסניגור יהיה פאסיבי: ישקיף על החקירה, אך לא יתערב בה, בוודאי לא באופן שיפריע למהלכה התקין. בהתאם לכך, מוצע בזה להוסיף את סעיף 9(א), כך: "אדם הנחקר כחשוד זכאי לנוכחות של סניגור במהלך החקירה".

רביעית, מוצע בזה להוסיף את הקביעה (ג) אדם הנחקר כחשוד, עצור או נאשם המעוניינים בכך זכאים לייצוג על ידי סניגור ציבורי, ללא תשלום". בעבר, הזכות לייצוג על ידי סניגור ציבורי הייתה מוגבלת מאוד, הן מבחינת חומרת העבירה והן מבחינת יכולתו הכלכלית של הנאשם. כיום המצב טוב יותר, וכאשר הנאשם צפוי לעונש מאסר הוא זכאי לייצוג ללא תלות ביכולתו הכלכלית.⁸⁴ גם נוכח בקשה למעצר עד תום ההליכים זכאי נאשם לייצוג כזה.⁸⁵ חובת המדינה למנות סניגור ציבורי נובעת מהגשת כתב האישום

⁸² ראו לעיל הערה 36.

⁸³ בארצות הברית: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 457 (1966). באנגליה: Home Office, Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (1985), para. 6.5.

⁸⁴ סעיף 1ב לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ("לא יטיל בית משפט עונש מאסר בפועל על נאשם שאינו מיוצג; ...").

⁸⁵ סעיף 21(ב)(2) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996 ("לנאשם יש סניגור, או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור").

ומחשיפת הנאשם לסיכון של הרשעה וענישה.⁸⁶ מוצע לעגן זכות זו בחוק היסוד כדי להקשות על השבת המגבלות עליה; ומוצע להרחיבה כך שתחול גם על כל מעצר, לרבות מעצר שלפני הגשת כתב אישום (ולא רק באשר למעצר עד תום ההליכים). בהזדמנות זו מוצע גם לבטל את חובת השלום האגרה עבור הייצוג, שאיננה מתיישבת כראוי עם חובתה הנ"ל של המדינה.

(12) זכויות בהליך מעצר – שינויים ותוספות לסעיף 10

ראשית, מוצע לפתוח את סעיף 10 כך: "10. (א) ככלל, אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם. מעצר ייעשה רק בהתקיים עילת מעצר הקבועה בחוק, ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק. אין לעצור אדם אם ניתן להשיג את מטרת המעצר, התואמת את עילת המעצר, בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו פחותה". אחרת, דווקא חוק היסוד החדש מתייחס למעצר כמובן מאליו. המשפט הראשון שמוצע להוסיף הוא ציטוט מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מלבד המלה "ככלל" שנועדה לגשר על המתח העצום שבין הצהרה זו לבין פרקטיקת המעצר. בטרם נחפזת הצעת החוק הממשלתית לאפשר את המעצר, יש לקבוע כי נדרשת התקיימותה של עילת מעצר הקבועה בחוק; וכי המעצר הוא האמצעי האחרון – רק אם לא ניתן להשיג את מטרתו בדרך פחות פוגענית. קביעה כזו מופיעה גם בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית,⁸⁷ אך לדברי ההסבר אין תוקף מחייב ונוכח חשיבות קביעה זו יש להוסיפה לחוק היסוד עצמו.

שנית, מוצע בזה לשנות את ס"ק (ב) כך: "כל עצור זכאי שיודיעוהו, במהלך ביצוע המעצר וללא דיחוי, כמה הוא חשוד ומהי עילת מעצרו". בתזכיר הצעת החוק זמן ההודעה הוגדר "ללא דיחוי". בהצעה הממשלתית הגדרת זמן ההודעה שונתה ל"במהלך ביצוע המעצר". מוצע בזה לשלב את שתי הדרישות, למניעת ספק אפשרי. אשר לתוכן ההודעה, בהצעת החוק נאמר "את סיבת מעצרו". מוצע בזה להבהיר שיש להודיע לעצור גם כמה הוא חשוד וגם מהי עילת מעצרו. שלישית, מוצע בזה לקבוע פרק זמן מדויק בסעיף (ג) כך: "כל עצור זכאי שיביאוהו, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות מעת ביצוע המעצר, לפני רשות שיפוטית". אין די בקביעה שבהצעת החוק הממשלתית "בהקדם האפשרי". נוכח חשיבותה העצומה של חירות האדם ונוכח פגיעתו הקשה של המעצר בחירותו, יש לקבוע זמן מרבי הנקוב בשעות. חוק המעצרים, תשנ"ו-1996 קובע בסעיף 29 פרק זמן של 24

⁸⁶ לביסוס מפורט של הצעה זו ראו רינת קיטאי סנג'ירו, "חובת המדינה למנות סניגור ציבורי לכל נאשם בפלילים", מחקרי משפט כג 195 (תשס"ז – 2006).

⁸⁷ הצעת חוק-היסוד, לעיל הערה 1, ע' 705.

שעות⁸⁸. יש לעגן קביעה זו בחוק היסוד, כדי שלא יקל לשנותה לרעה בעתיד. כנגד טענה אפשרית שלא מקובל לפרט בחוק יסוד הסדרים אלא רק לקבוע עקרונות, אשיב כי ראשית הגבלת הזמן היא ערובה הכרחית לחירות האדם; ושנית כי קיימות בעולם חוקות שבהן פרק הזמן קבוע במפורש, בדיוק של שעות.⁸⁹

(13) זכויות בהליך עיכוב – הוספת סעיף 10א

ההצעה הממשלתית מתייחסת להליך המעצר ולהליך החקירה אך "שוכחת" את הליך העיכוב, שגם פגיעתו בחירות האדם היא משמעותית. מוצע בזה להוסיף לחוק היסוד סעיף חדש, במתכונת דומה לסעיפים העוסקים במעצר ובחקירה. סעיף 10א(א) מצטט את הסעיף הרלוונטי, 7, לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן לא תיתכן מחלוקת ממשית על תוכנו. סעיף 10א(ב) מקביל לסעיף שהצעתי באשר למעצר ושהוסבר לעיל. סעיף 10א(ג) מקביל לסעיפים זהים באשר למעצר ולחקירה שנקבעו כבר בהצעה הממשלתית ולכן לא אמור להיות שנוי במחלוקת. בסעיף 10א(ג) מוצע לקבוע את הזכות לקבלת הודעה על החשד שבשלו האדם מעוכב, הקבועה כיום בסעיף 72 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו - 1996. לבסוף, בסעיף 10א(ד), הגבלת משך העיכוב לפרק זמן מרבי של שלוש שעות (כפי הדין כיום, אך ללא אפשרות ההארכה) נחוצה מהטעמים שהובאו לעיל באשר להגבלת המעצר ל-24 שעות.

(14) זכויות בהליכי חיפוש ותפיסת חפצים – הוספת סעיף 10ב

ההצעה הממשלתית מתייחסת להליך המעצר ולהליך החקירה אך מתעלמת לחלוטין מהליך החיפוש, שגם פגיעתו בזכויות האדם היא קשה. מוצע בזה להוסיף לחוק היסוד סעיף חדש, במתכונת דומה לסעיפים העוסקים במעצר ובחקירה. סעיף 10ב(א) מצטט את הסעיף הרלוונטי, 7, לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 10א(ב) מקביל לסעיף שהצעתי באשר למעצר ושהוסבר לעיל. סעיף 10א(ג) מקביל לסעיפים זהים באשר למעצר ולחקירה שנקבעו בהצעה הממשלתית. בנוסף, מוצע לקבוע כי הסכמת אדם לחיפוש איננה יוצרת יש מאין עילת חיפוש.

ההצעה הממשלתית מתעלמת לחלוטין גם מהליך תפיסת חפצים. תפיסת חפצים פוגעת לא רק בקניין, אלא עלולה לפגוע גם ביכולתו של אדם לעבוד

⁸⁸ בכפוף לחריגים.

⁸⁹ כך, למשל, בחוקה הגרמנית (יום אחד) ובחוקה היוונית (24 שעות) – ראו דברי ההסבר להצעת חוק-היסוד, לעיל הערה 1, ע' 707.

תוך שימוש בנכס התפוס ועלולה לפגוע בקשר סנטימנטלי של האדם לאותו חפץ. ראשית, מוצע להגביל (בסעיף 10ב(ד)) את משך התפיסה ללא צו שיפוטי לשבוע; ולשלול תפיסה ללא צו של מחשב אישי, טלפון או מכשיר אחר שבו אדם אוצר את רשימותיו. לא נעלמה מעיני העובדה שההסדר הקבוע בסעיפים 32 – 42 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש) התשכ"ט – 1969 מאפשר פגיעה גדולה יותר בזכויות האדם. לפי השקפתי עדיפה ההגנה החזקה יותר המוצעת כאן. ייתכנו חילוקי דעות בעניין משכי זמן תפיסת החפץ. כך או אחרת, הנושא מחייב התייחסות בחוק היסוד ואין להתעלם ממנו. שנית, מוצע לקבוע (בסעיף 10ב(ה)) שאין לחלט חפץ שהחזקתו איננה אסורה בדין אם המחזיק מציע במקומו ערבות סבירה.

15) זכויות בהליך חקירה – תוספת לסעיף 11

הצעת החוק הממשלתית מסתפקת בהצהרה הכללית "חקירת עבירה תיעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין" ובהתייחסות ספציפית אך ורק לכך ש"אדם זכאי שיודיעוהו את החשד המיוחס לו לפני גביית הודעתו כחשוד". מוצע בזה לצקת תוכן משמעותי יותר בחוק היסוד החדש, תוך הוספת שתי קביעות. האחת – "מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, אין להפעיל כנגד הנחקר לחץ פיזי, אין לאיים עליו, אין להשפילו, אין לשקר לו, במיוחד באשר לקיומן של ראיות מפלילות נגדו, ואין לחקור אותו יותר משעתיים ברציפות ויותר משש שעות ביממה"; והשנייה – "ככלל, חקירה תיערך ללא מעצר. החקירה איננה עילה למעצרו של הנחקר". התוספת הראשונה נחוצה הן לשמירה על זכויות האדם הבסיסיות של הנחקר, והן משום שחקירה בדרכים שכאלה ממילא צפויה להניב גם הודאות-שווא ולכן יאבד ערכה של ההודאה כראיה.⁹⁰ התוספת השנייה באה להשלים ולחזק את שמוצע לקבוע בסעיף העוסק במעצר. ריבוי המעצרים אינו נובע מהעילות שבחוק המעצרים, אלא מתפישה מוטעית שלפיה המעצר הוא כלי חקירה לגיטימי במטרה לגרום לחשודים להודות בעבירות שבהן הם מואשמים.⁹¹

⁹⁰ להסבר מקיף הרבה יותר ראו רינת קיטאי-סנג'רו, "איסור לשקר לחשוד באשר לקיום ראיות מפלילות", **מחקרי משפט** לב 315, 356 (2009); ובעקבותיה גם: הילה שפרלינג-סטרן וליל פטישי, "שיטות חקירת חשוד והסיכון להודאת שווא", **הסניגור** 274, 4 (ינואר 2020). וראו בוועז סנג'רו, "ביקורת החקירה המשטרית", **מעשי משפט** י"ב 217 (2021).

⁹¹ ראו רינת קיטאי "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" **עלי משפט** ו 47, 71 (2007); מיכל אהרוני "ללא עילה – יישום חוק המעצרים על ידי המשטרה

(16) זכויות לאחר הרשעה – הוספת סעיף 11א

תחום נוסף שנשכח בהצעת החוק הממשלתית הוא הזכויות שלאחר ההרשעה. מוצע בזה לעגן בחוק היסוד את זכות הערעור⁹² על ההרשעה; את הזכות למשפט חוזר בהתקיים חשש של ממש שנגרם עיוות דין, בהתאם לעילה הרחבה הקבועה כיום בסעיף 31 לחוק בתי המשפט⁹³; ואת הזכות – שכנגדה חובת הרשויות – לשמירת הראיות, שבלעדיה כמעט לא ייתכן מבחינה מעשית לקיים משפט חוזר.⁹⁴

(17) ענישה אסורה – שינוי שהוא הבהרה

השינוי המוצע בסעיף 12 הוא מזערי – להוסיף את המלה "או", כך: "אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני [,] או אכזרי או לא אנושי". זאת משום שמבחינה מילולית-תחבירית ניתן להבין את נוסח ההצעה הממשלתית כביכול האיסור על עונש אכזרי או לא אנושי מתייחס רק לעונש גופני, בזמן שהכוונה היא וודאי לאסור על כל אחד מהשלושה.⁹⁵

(18) מימוש זכויותיו של קטין - שינוי שהוא הבהרה

ההצעה הממשלתית קובעת בסעיף 13 כי "...ינתן משקל ראוי לטיפול בזה ולשילובו בחברה, בעת הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו". מוצע בזה להבהיר שהמשקל הראוי הוא, כמובן, משקל מוגבר, תוך החלפת המלה "ראוי" במלה "מוגבר". כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעה הממשלתית, גם בפסיקה נקבע כי "השיקול המרכזי בענישתם של קטינים הוא השיקול

ובתי המשפט (מפרסומי האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2000); סנג'רו, לעיל הערה 90, עמ' 230.

⁹² זכות הערעור קבועה בסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה. כשמדובר במשפט פלילי, מוצע לסייגה לערעור על הרשעה, כך שלא ניתן יהיה לערער על זיכוי. ⁹³ סעיף 31(א)(4) – "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".

⁹⁴ סנג'רו וקרמניצר, לעיל הערה 9. על הפרקטיקה הקלוקלת של השמדת המוצגים, בניגוד לדין, ראו גם פינג ורוזנברג-רובינס, לעיל הערה 10; רוזנברג-רובינס, לעיל הערה 10.

⁹⁵ בהתאם, נאמר בדברי ההסבר להצעה הממשלתית, לעיל הערה 1, עמ' 709, כך: "...כל אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, עונש אכזרי, או עונש בלתי אנושי".

השיקומי, אשר מבטא את מחויבותה של החברה לעשות כל שניתן כדי לשלב בחברה קטינים שעברו על החוק".⁹⁶

(19) התאמות לאדם שאינו דובר השפה העברית – תיקון סעיף

15

מוצע בזה שלא להסתפק באמירה הכללית מאוד "אדם שאינו דובר השפה העברית זכאי לכך שיבוצעו ההתאמות הנדרשות לו לשם הבנת השפה שבה מתנהל הליך פלילי שהוא צד לו"; אלא להוסיף את הקביעה הבאה: "חקירה תתנהל רק בשפה שהחשוד שולט בה היטב". כך קבוע בסעיף 2 לחוק חקירת חשודים. נוכח הסכנה המוגברת, שעליה עמד גם בית-המשפט העליון, של הודאות-שווא נוכח קשיי שפה,⁹⁷ מוצע לבצר זכות זו באמצעות קביעתה בחוק היסוד, כדי לא לאפשר בעתיד אלתורים מסוכנים שיוכתרו כ"ההתאמות הנדרשות".

(20) שקילת תכליות ההליך הפלילי – החזרת סעיף 15 לתזכיר

החוק והוספה עליו

סעיף 15 לתזכיר החוק קבע שיש לתת משקל הולם ל"מכלול תכליות ההליך הפלילי". פירוט תכליות ההליך הפלילי הוא מתבקש כשמדובר בחוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי. אין להסתפק בהזכרת המושג "תכליות ההליך הפלילי" שבסעיף המטרה (ס' 2 להצעה הממשלתית הנוכחית) אלא יש לפרט. אלא שס' 15 המקורי הזכיר רק את ה"שמירה על שלום הציבור וביטחוננו האישי של אדם", ללא כל פירוט, והתעלם לחלוטין מגילוי האמת; מעשיית צדק; ומעיקרון ההגנה על חפים מפשע.⁹⁸ מוצע להשיבו כסעיף 17 א "שקילת תכליות ההליך הפלילי ולהשלימו, כך: "בהגנה על זכויות לפי חוק יסוד זה ובמימושן יינתן משקל הולם גם למכלול תכליות ההליך הפלילי, ובכללן שמירה על ערכי: חיי האדם, שלמות גופו, חירותו, פרטיותו, חופש

⁹⁶ דברי ההסבר להצעה הממשלתית, לעיל הערה 1, עמ' 711. וראו פסק-הדין המפורט של השופט ניל הנדל, ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 8.2.2009.

⁹⁷ ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (נבו, 23.11.2015) פסקה 138 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁹⁸ ראו דורון מנשה, "אידיאל חשיפת האמת ועיקרון ההגנה מפני הרשעות שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים", קריית המשפט א 310 (2001).

הבחירה שלו וקניינו; שלום הציבור; גילוי האמת; עשיית צדק; והגנה על חפים מפשע".

(21) עיקרון ההגנה על חפים מפשע – הוספת ס' 17ב

17ב. (א) הרשויות תנקוטנה באמצעי בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, בכל תחומי הפרוצדורה והראיות. (ב) לא יורשע אדם אלא אם אשמתו הוכחה מעבר לספק סביר, כלומר בקרבה לוודאות. (ג) אין בכוחה של ראייה יחידה כלשהי כדי להוכיח אשמה מעבר לספק סביר. [אם סעיפים ב' ו-ג' ישולבו בסעיף 6 העוסק בחזקת החפות, לא יהיה בהם צורך גם כאן].

(22) מעיקרון ההגנה על חפים מפשע לבטיחות במשפט הפלילי

בעקבות מחקרים חדשים שנעשו בעולם, חלקם מבוססים על השוואות גנטיות בין דגימות ד.נ.א. של אסירים הזועקים לחפותם משך שנים לבין דגימות ד.נ.א. שנשמרו מזירות הפשע, מתברר ששיעור ההרשעות של חפים מפשע אינו שבר אחוז כפי שטעו לחשוב בעבר, אלא מדובר בכ-5% באשר לעבירות החמורות ביותר (רצח, אונס) עם העונשים החמורים ביותר (מאסר עולם, ובארצות-הברית גם מוות).⁹⁹ באשר לעבירות פחות חמורות נזהרים פחות ושיעור הטעויות גדול יותר; ובאשר לעסקות הטיעון, שבהן מוותרים על הוכחת האשמה, השיעור וודאי גבוה עוד יותר.¹⁰⁰ ישנם, כמובן, סוגים אחרים של תאונות במשפט הפלילי מלבד הרשעות שווא, כגון מעצר שווא, חקירה אגרסיבית או חיפוש משפיל, הגורמים גם הם לפגיעה משמעותית בחשוד.

בשל העובדה שבעבר טעו לחשוב שכמעט אין הרשעות שווא, לא פותחו מנגנוני בטיחות. משום שאין "נייר-לקמוס" שבאמצעותו ניתן לבדוק אם הרשעה היא נכונה, גם אין משוב שבאמצעותו ניתן לבדוק אם המערכת משתפרת. לכן צריך ללמוד מתחומים אחרים שיטות בטיחותיות. בתחומים אחרים של חיינו, כגון תעופה, תחבורה והנדסה, שבהן התאונות גלויות,

⁹⁹ בועז סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 27 – 45 (2014) והאסמכתאות הרבות הנזכרות שם; בועז סנג'רו, "לא סכנה אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות' ", **מאזני משפט** י' 51 (2015); Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 761 (2007).
¹⁰⁰ Sangero (*Safety from Plea-Bargains' Hazards*), לעיל הערה 56.

פותחו שיטות בטיחות משוכללות, המבוססות, בין היתר, גם על תחקירים, לא רק של תאונות אלא גם של תקריות (כמעט תאונה); על חובות דיווח; על זיהוי שיטתי של סיכונים, ניתוחם ופיתוח מנגנונים לשליטה ולפיקוח עליהם.¹⁰¹

טעות מקובלת היא לחשוב שכדי לצמצם את מספר ההרשעות המוטעות, הכרחי להגדיל את מספר הזיכויים המוטעים, כביכול מדובר במשחק-סכום-אפס. חלק ניכר מההרשעות המוטעות נוצרות בשל ראיות לא מדויקות. אם משפרים את הדיוק של ראייה מסוימת, לא רק מספר הרשעות-השווא יקטן, אלא גם מספר המקרים שבהם האשם האמתי חומק מעונש יקטן: "win-win situation". בנוסף, חלק מהרשעות השווא נוצרות ומונצחות בשל פרוצדורות לא-בטיחותיות.¹⁰²

חובתנו המוסרית כחברה היא לעשות מאמץ רציני להקטנת שיעור הרשעות השווא ולפתח בטיחות במשפט הפלילי, שהרי אין עוול גדול יותר שגורמת מדינה ליברלית לאזרחיה ולתושביה באופן שיטתי. יש גם הצדקה כלכלית להשקעת משאבים בפיתוח הבטיחות, משום שנוקי הרשעות של חפים מפשע הם עצומים¹⁰³. כדי ליצור שינוי יסודי, יש להקים מכון לאומי לבטיחות במשפט הפלילי, בדומה למנהל התרופות והמזון האמריקני (ה-FDA).¹⁰⁴

סעיף 17ב(א) המוצע בזה אינו מפרט, שהרי מדובר בחוק יסוד, אלא מסתפק בקביעה החשובה "הרשויות תנקוטנה באמצעי בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, בכל תחומי הפרוצדורה והראיות". בנוסף, ס"ק 17ב(ב) ו-17ב(ג) מציעים שני כללי בטיחות הכרחיים, בעלי חשיבות עצומה, שכבר בוארו לעיל בהתייחסות לסעיף 6 העוסק בחזקת החפות. האחד – הוכחה מעבר לספק סביר – משקף את הדין הקיים; והשני – הקביעה שאין להרשיע על בסיס ראיה יחידה – נועד לתת תוכן ממשי ומעשי לכלל הוכחה מקובל זה.¹⁰⁵

¹⁰¹ Sangero (*Safe Convictions*), לעיל הערה 13.

¹⁰² Boaz, Sangero (*Safety from Plea-Bargains' Hazards*), לעיל הערה 56; וכן: Sangero, *Safety in Post-Conviction Proceedings* 51 THE JOHN MARSHALL L. REV. 773 (2019).

¹⁰³ מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", **עיוני משפט** ל"ו, 363, 377 - 380 (תשע"ג).

¹⁰⁴ כאשר לבטיחות במשפט הפלילי ראו בהרחבה: Sangero (*Safe Convictions*), לעיל הערה 13.

¹⁰⁵ ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 72 - 77.

(23) שמירת דינים זמנית – שינוי והוספה על סעיף 21

"(א). אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד; אולם בית-המשפט יפרש גם דין ישן ברוח חוק-יסוד זה. חלקה הראשון של הוראה זו יחול רק משך שלוש שנות הסתגלות. (ב). בחלוף שלוש שנים מחקיקת חוק-יסוד זה, תחולנה הוראותיו גם על דין שהיה קיים ערב תחילתו".

הצעת חוק היסוד המקורית מסתיימת בקביעה שמרוקנת אותה מרוב תוכנה: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". בכך ניתנת חסינות מפני חוק היסוד לכל החקיקה הקיימת והחוק יפעל רק על חקיקה חדשה. מכיוון שהחקיקה זוחלת לאט (כך, למשל, חוק העונשין הוא עדיין תרגום לעברית של פקודת החוק הפלילי המנדטורית משנת 1936) המשמעות המעשית היא שיארכו עשורים רבים עד שחוק היסוד ישפיע השפעה ממשית. הדבר אף ייצור חוסר הרמוניה חקיקתית, שהרי חוק היסוד יצהיר הצהרות שאינן מקוימות בחקיקה הרגילה ובפסיקה. הדבר לא רק יסדר חוסר עקביות מצד המחוקק, אלא אף מנוגד להיגיון: אם המחוקק סבור שזכות היא חשובה עד כי הוא מעגן אותה בחוק יסוד, קשה עד בלתי אפשרי להצדיק מתן "חסינות" לכל החקיקה הקיימת, כך שלא ניתן יהיה לבחון אותה לאורו של חוק היסוד. קשה גם להבין מדוע בעוד חקיקה חדשה של הכנסת בת ימינו תיבחן לאור חוק היסוד ואולי תיפסל, חקיקה ישנה שהותירו בארצנו הבריטים ושאומצה למשפטנו באופן זמני (זמניות שנמשכת כבר למעלה משבעה עשורים) לא תיבחן ולא תוכל להיפסל. והרי לחקיקה הישנה יש סיכויים קטנים יותר להיות תואמת את העקרונות המקובלים כיום.

לכן, מוצע בזה להגביל את החסינות לשנים אחדות (שלוש) שבמהלכן היא על הרשויות ליזום חקיקה חדשה שמתאימה לתקופתנו, במקום החקיקה המיושנת הקיימת, שחלקה נוצר לפני כמאה שנים. בנוסף, מוצע כי כבר בתקופת הביניים בתי-המשפט יפרשו את הוראות החוק הישנות ברוח חוק היסוד החדש. הדבר מקובל בפסיקה, אם כי, כאמור, אין די בכך.

על היתרון הגדול של הגבלת שמירת הדינים הישנים רק לתקופה מוגבלת ניתן ללמוד מסעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".¹⁰⁶ סעיף זה לא הגביל את משך שמירת הדינים, והתוצאה היא שהשפעת חוק היסוד על החקיקה בתחום המשפט הפלילי היא עד היום אפסית. שלוש שנות החסד שמוצע לתת לחקיקה הישנה הן פרק זמן שיאפשר

¹⁰⁶ סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

עבודה רצינית במחלקת הייעוץ והחקיקה שבמשרד המשפטים, הקמת וועדות שתבחנה לעומק את החקיקה הקיימת – מוצע להקים לפחות שלוש וועדות,¹⁰⁷ כנגד שלושת תחומי המשפט הפלילי: המהותי; הדיוני; והראייתי – ותמלצנה על תיקוני החקיקה הנדרשים. התועלת שתושג במהלך כזה תהיה לכל הפחות שינוי הוראות חוק שפוגעות באופן בלתי מוצדק בזכויות החשודים, הנאשמים והעצורים; ואולי אף תושג תועלת גדולה יותר ובאותה הזדמנות נזכה לחוק עונשין חדש ומכבד חירות; לחוק ראיות חדש, מדויק ותואם את הידע המדעי; ולחוק סדר דין פלילי חדש והוגן.

אחרית דבר

נוכח ליקוייו היסודיים של הדין הפלילי הישראלי, על כל שלושת ענפיו: המהותי, הדיוני והראייתי, שעליהם עמדתי בקצרה, הבטחת זכויות ראויות לחשודים ולנאשמים, בחקירה, במעצר, במשפט ובענישה, איננה יכולה להיעשות תוך התבססות על הדין הקיים והנצחתו בחוק יסוד. הכרחי לחזק את הזכויות שאותן מנציחים. בנוסף, יש להשלים את הצעת החוק הממשלתית תוך הוספת זכויות חשובות שנשמטו ממנה. הקריאה הראשונה בכנסת איננה סוף פסוק. הצעת החוק מועברת לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט. חברי הוועדה וחברי הכנסת יצטרכו לשקול היטב האם הם מסתפקים בהצהרות ובסימאות שבהצעת החוק, או שהם רוצים לשכלל אותה כך שתעניק לאזרח הגנה ממשית מפני כוחן העצום של רשויות אכיפת החוק; ותהפוך את מערכת המשפט הפלילי לבטיחותית יותר מפני הרשעת חפים מפשע. לבסוף, גם מי שמאמין¹⁰⁸ שהחקיקה והפסיקה הקיימות ממילא שומרות על זכויות החשודים והנאשמים, אינו אמור להתנגד לביצור הזכויות בחוק יסוד, כדי למנוע פגיעה בהן בעתיד.

¹⁰⁷ להגשמת הרפורמה ההכרחית, ראוי שהוועדות תהיינה מקצועיות ותכלולנה אנשי אקדמיה רבים ולא רק אנשי מערכת אכיפת החוק כפי שלעתים טועים ללהק.

¹⁰⁸ אשרי המאמין...