

הערות על הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך

הפלילי

מאת

מרדכי קרמניצר* גיא לוריא** עמיר פוקס***

תקציר

במאמר זה אנחנו בוחנים בחינה ביקורתית את ההצעה הממשלתית לחוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, שעברה קריאה ראשונה בכנסת. מצד אחד, ראוי לברך על היוזמה לכונן חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, בשל חשיבותן ופגיעותן של הזכויות ההליכיות; שנית, משום שיש בכך תרומה חשובה במפעל שאין ערוך לחשיבותו של השלמת כינון החוקה. יחד עם זאת, ממעמדן המיוחד ופגיעותן של הזכויות ההליכיות משתמעות מספר בעיות עם הצעת חוק היסוד. ראשית, בהצעת חוק היסוד הממשלתית הוצע שתחול פסקת הגבלה רגילה על הזכויות ההליכיות, אולם, בשל פגיעותן המיוחדת של הזכויות האלה, לא ניתן להסתמך על מידתיות שתהווה מגן מספיק. שנית, בשל פגיעותן של הזכויות האלה, יש לנסח מחדש את סעיף המטרה של הצעת חוק היסוד, לפיו "מטרת חוק היסוד היא להבטיח כי הגשמת תכליות ההליך הפלילי תיעשה תוך הגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך זה". הניסוח הזה מעניק לתכליות האחרות של ההליך הפלילי משקל יתר על הזכויות, ובכך מחליש את הזכויות שעה שנדרשת דווקא הגנה מיוחדת ותקיפה עליהן. שלישית, הצעת חוק היסוד משקפת לדעתנו גישה רזה באופן בלתי מוצדק, וזאת בארבעה מובנים: 1. לא מובן מדוע צומצמה תחולתו של חוק היסוד להליכים פליליים בלבד; 2. סעיף "שמירת הדינים" מחסן את כל החקיקה שנחקקה עד ליום חקיקת חוק היסוד, מפני ביקורת חוקתית לאור חוק היסוד, לתמיד; 3. ההגדרה של הליך פלילי טעונה הרחבה; 4. הצעת חוק היסוד לוקה בחסרים בולטים בהגנה על זכויות חשובות בהליך הפלילי.

* פרופסור (אמריטוס) למשפטים באוניברסיטה העברית, עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

** עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

*** חוקר בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

- א. תחזקנה ידיהם של העושים במלאכה 2
- ב. על חשיבותן ופגיעותן של הזכויות ההליכיות 3
- ג. מה משתמע ומתחייב ממעמדן המיוחד של זכויות אלה 6
1. אין די בהגנה הרגילה המבוססת על מידתיות 6
2. הגדרה שונה לתכליות ההליך הפלילי 8
- ד. מה צריך להיכלל בחוק היסוד? 9
1. הרחבת תחולת חוק היסוד לזכויות במשפט ולא רק לזכויות בהליך הפלילי 9
2. הרחבת תחולת חוק היסוד 11
- (1) סעיף שמירת הדינים 11
- (2) הגדרת ההליך הפלילי 12
3. הרחבת גישתו הרזה של חוק היסוד ביחס לזכויות ולדין הפלילי המהותי 13
- סיכום 14

א. תחזקנה ידיהם של העושים במלאכה

ביום 17.1.2022 פורסם תזכיר חוק יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי ובעקבותיו הגישה הממשלה את הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, שעברה קריאה ראשונה בכנסת.

ראוי לברך את היוזמה, שבאה בראש ובראשונה משר המשפטים לשעבר, גדעון סער, לכונן חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי הן בשל חשיבותן ופגיעותן של הזכויות האלה, עליהן יורחב להלן, אך גם משום שיש בכך תרומה חשובה במפעל שאין ערוך לחשיבותו של השלמת כינון החוקה. בעקבות פסק הדין בפרשת בנק המזרחי,¹ הביקורת השיפוטית החוקתית שהרחיבה בעקבותיו את ההגנה על זכויות האדם,² והביקורת הציבורית והמקצועית על מהלכים אלה, נוצר הרושם כי נסתם הגולל על הסיכוי לכונן חקיקת יסוד שעניינה זכויות האדם.³ והנה מתברר בזכותה של יוזמה זו שהייתה זו סתימת גולל מוקדמת מדי. זאת ועוד, מתנהל בישראל מאבק בין תפיסה ליברלית של הדמוקרטיה, אשר כוללת הכרה בכך ששלטון בהסכמת כל הנשלטים אינו כולל רק את עקרון הכרעת הרוב אלא גם איזונים ובלמים על כוחו של השלטון, מחויבות לזכויות האדם והאזרח ומחויבות לשלטון חוק הכולל מערכת משפט עצמאית, לבין תפיסה פופוליסטית שלה שבמסגרתה מוקנית עליונות לעקרון הכרעת

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בעמ' נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
 2 ולהרחבתה – ראו לדוגמה: GARY JEFFREY JACOBSON AND YANIV ROZNAI, CONSTITUTIONAL REVOLUTION 208-211 (2020)
 3 לדוגמה: אביעד בקשי "האם חוק הלאום שולל את הזכות לשוויון?" ICON-S-IL Blog (21.10.2018)

הרוב ולרצון "העם" באופן המוציא מחוץ לגדר את "האחר" ואת ההגנה על זכויות הפרט.⁴ במאבק זה נודעת חשיבות מיוחדת לחיזוק הממד הליברלי. מה-גם שהמערכה לא הוכרעה ויש מקום לחשוש מפני התגברות הפופוליזם בעתיד, בפרט על רקע יוזמות הממשלה הנוכחית בתחום צמצום ההגנה על שלטון החוק. התגברות כזו עלולה להיות כרוכה בפגיעה בזכויות בהליך הפלילי, ולכן ראוי להציב מחסום בפניה. המחסום אינו בלתי עביר אבל יש בו כדי להכביד, למנוע או לפחות לעכב; וצריך להביא בחשבון שלא בנקל ישונה לרעה חוק יסוד שעניינו זכויות בשל דמותה ותדמיתה של המדינה כלפי יהדות העולם ומדינות העולם הליברליות.⁵ ראוי לברך גם על הצעת החוק שגיבש משרד המשפטים בשל הכללת זכויות מהותיות ועקרונות בסיס של המשפט הפלילי, ובמיוחד עקרון האשמה.⁶ אנחנו מקווים שחילופי השלטון בעקבות הבחירות שנערכו ב-1 בנובמבר 2022, לא יביאו לזניחת הצעת חוק היסוד.

במאמר זה נתחיל בפרק ב' בהצגת הרציונל שעומד בבסיס הצורך בחוק-יסוד בתחום זה, על רקע חשיבותן ופגיעותן של הזכויות ההליכיות. בפרק ג' נבהיר מה משתמע ומתחייב ממעמדן הפגיע של הזכויות האלה. בפרק ד' נציג את הצעותינו לשינויים בהצעת חוק היסוד הממשלתית, בהתאם למשמעויות אלה. בפרק ה' נסכם.

ב. על חשיבותן ופגיעותן של הזכויות ההליכיות

לא בכדי קבע הנשיא המנוח של בית המשפט העליון משה לנדוי כי "דרכי החקירה המשטרתית הנהוגה במשטר פלוני הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו".⁷ לא בכדי אמר קלאוס רוקסין (Roxin) כי ההגנה על זכויות במסגרת ההליך הפלילי הן סיסמוגרף של החוקה כולה.⁸ ואכן, הפגיעה בזכויות אלה היא מאפיין מובהק של

⁴ ספק אם המודל הפופוליסטי הוא דמוקרטיה. לדיון נוסף על עליית הפופוליזם בהקשר של הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ראו: יואב ספיר, "שיח הזכויות, פופוליזם והתגובה לפשיעה בחברה הערבית: על הצורך בהגנה חוקתית משודרגת על זכויות בפלילים" **משפטים על אתר** כ"א (14.10.2022).

⁵ לניתוח מוסדי של סיבות יציבותם הפוליטית של חוקי יסוד קיימים, ראו: אורי אהרונוסון "מדוע הכנסת לא ביטלה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לו 509 (2016).

⁶ ס' 5 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח התשפ"ב 692 (להלן: "הצעת החוק").

⁷ ע"פ 264/65 **ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ(1) 225, 232 (1966). השוו: ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת **דוח הוועדה** 69 (1987).

⁸ מצוטט אצל Frank Peter Schuster, *Human Dignity, Human Rights and Criminal Procedure – The German Perspective in HUMAN DIGNITY AND CRIMINAL LAW* 139 (Eric Hilgendorf and Mordechai Kremnitzer eds., 2018)

משטרים עריצים;⁹ ואילו ההכרה בהן וההגנה עליהן הן מסימניה הברורים של הקדמה האנושית. קיימת זיקה הדוקה בין הזכויות הללו לבין ההגנה על כבוד האדם, שהוא מן החשובות שבזכויות עד כדי כך שזכה להגנה מוחלטת במשפט הגרמני.¹⁰ לא זאת, אף זאת- ההגנה על הזכויות הדייוניות נועדה למנוע (או לפחות לצמצם מאד) את הסכנה של הרשעת חפים ושל פגיעה קשה בזכויותיהם הבסיסיות ביותר עקב הרשעתם - פגיעה שהיא חוקית, ודווקא משום כך היא קשה שבעתיים.

רובו המוחלט של הציבור הוא שומר חוק, ומול התופעה העבריינית הוא מזהה עצמו כקורבן או קורבן אפשרי ולא כחשוד, נאשם, עברייני. החשודים אינם אנחנו. הם אחר מסוכן, בלתי חביב ובלתי אהוד. ולכן כושל המנגנון הרגיל כאשר שני צידי המשוואה מתייחסים לאותו אדם. בהקשר שלנו, התפיסה הרווחת היא שמדובר בביטחון שלנו מול החירות והכבוד של אחרים. וממילא עולה ערכו של הראשון ומופחת ערכו של השני.¹¹

מערכות אכיפת החוק אינן נמצאות בנקודת אמצע. הן מוטות לאור התכלית המוגדרת לפעילות שלהן, הציפיות של הציבור מהן ושלחן מעצמן ואמות המידה לפיהן הן נבחנות ומוערכות. שרות הביטחון הכללי נבחן לפי מעשי הטרור שמנע, משטרה לפי מעשי פשע שמנעה או פיענחה והביאה להרשעת האשמים ולא לפי מידת השמירה על זכויותיהם של נחקרים וחשודים. מכאן, שמכוח התפקיד הצפי הוא שגישתן תהיה מוטה נגד הזכויות ההליכיות ולטובת האינטרס הציבורי שהן מופקדות עליו.¹² מבחינת המדינה, טבעי שאכיפת החוק היא אינטרס מרכזי שלה ושהיא תשאף לצייד עצמה בכלים החדים ביותר, האפקטיביים ביותר למילוי משימתה זו, ככל שהיא רק יכולה. ומשום שהיא יכולה. חשוב לעמוד בהקשר זה על פער הכוחות הגדול המתקיים בהליך הפלילי האדברסרי, במיוחד בשלב החקירה, אבל גם לאורך כל ההליך, בין המדינה לבין היחיד הנחשד והנאשם. אם לא נוקטים גישה פרו-אקטיבית לחזק את מעמדו של החשוד מול כוחה העודף של המדינה, יותר החשוד ללא סיכוי. לכן חיוני לעצב את מערכת אכיפת החוק ואת המגבלות שהיא פועלת בהן באופן

⁹ לא בכדי כשפרנץ קפקא ביקש להמחיש את הייאוש ומרמס כבוד האדם על ידי מדינה דכאנית מודרנית, הוא התמקד בהליך משפטי שבו לא עומדת לפרט זכות זו. ראו פרנץ קפקא **המשפט** (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

¹⁰ מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל** (2011). כפי שנסביר בהמשך, בפרק ג', גישה זו מצדיקה להעניק לזכויות ההליכיות מעמד קרוב יותר למעמד המוחלט שניתן לכבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני.

¹¹ השו: יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה "משפט וממשל" י 571 (תשס"ז).

¹² Mordechai Kremnitzer & Lina Saba-Habesch, *Human Dignity and the Right to Due Process in HUMAN DIGNITY AND CRIMINAL LAW* 117, 118-119 (2018);

שמקפיד על ההליך ההוגן ועל זכויות החשוד.¹³ פער הכוחות בין המדינה ליחיד רלוונטי גם לסוגיית אמון הציבור בהליכים הללו. אותו חלק של הציבור שהינו רגיש לזכויות האלה יתקשה לתת אמון בשיטה כזו. המחקר מלמד כי אמון הציבור במערכת אכיפת החוק מושפע מאוד דווקא מן ההיבטים ההליכיים והדינוניים שהיא מקיימת, אף יותר מתוצאה רעה מבחינתו של הליכים אלה.¹⁴ על חשיבות אמון הציבור במערכות הללו מבחינת יכולת התפקוד שלהן לא צריך להרבות מלים.¹⁵

אין להתעלם גם מן ההשפעה של המציאות על התפיסות הנורמטיביות. במציאות שבה אנו חיים, קיימות הפרות בוטות של זכויות הליכיות- המעצר והמאסר הם עניין שביום-יום, בשכיחות רבה ובהיקפים מספריים גדולים.¹⁶ נוכח ההתרגלות לכך כחלק הכרחי של המציאות, אין להתפלא שהלב נעשה גס בהפרות מינוריות, כמו אי מתן אזרה לחשוד או אי יידועו על זכויותיו.¹⁷

לכל אלה, צריך להוסיף את המלכודת הנפערת למקבלי החלטות, ברמות השונות, בשל ההבדל בין שני סוגי הטעות האפשריים מבחינת השקיפות של הטעות. מי שנמנע מהגבלת הזכות, מסתכן שניתן יהיה להצביע על קשר סיבתי בין הימנעותו לבין מעשה פשע שבוצע ושיכול היה להימנע. לעומתו, משהוגבלה הזכות ללא טעם מצדיק אמיתי, זו תהיה ככלל טעות חבויה, שלא ניתן יהיה להצביע עליה. הדוגמה הקלאסית לתופעה זו היא בתחום המעצרים: טעות של שופט או שוטר שהובילה למעצר מיותר ובלתי מוצדק לא תיחשף, בעוד שטעות מן העבר השני – שחרור עצור שביצע בעקבות כך עבירה פלילית חמורה – תיזקף לרעת השופט או השוטר.¹⁸ המלכודת הזו, הפועלת בין במודע ובין שלא במודע בקרב שוטרים ושופטים, יוצרת אף היא הטייה של כפות המאזניים נגד זכויותיהם של חשודים ונאשמים.

בהערכת פגיעותן של הזכויות במשפט חייבים להביא בחשבון מצבים טיפוסיים שבהם הפגיעות הזו גוברת: הסיכוי כי הזכות תפגע או תוגבל, מוגברת כאשר מדובר

¹³ מקובל לאפיין מערכות אכיפת חוק על גבי רצף בין שני דגמים אידיאליים: מצד אחד, דגם שמקדש את המאבק בפשיעה; מצד שני, דגם שמקדש את ההליך ההוגן ואת זכויות החשודים והנאשמים. ראו: HERBERT L. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* 153 (1968); Mirjan Damaška, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 84 *YALE LAW JOURNAL* 480 (1975). ניתן להבין את המהלך של קידום הצעת חוק-היסוד כמעבר של הדגם הישראלי לעבר הדגם האידיאלי המקדש את ההליך ההוגן.

¹⁴ Tom Tyler, *Procedural Justice and the Courts*, 44 *COURT REVIEW* 217 (2007); Tal Jonathan-Zamir & Amikam Harpaz, *Predicting Support for Procedurally Just Treatment: The Case of the Israel National Police*, 45 *CRIM. JUST. & BEHAVIOR* 840, 842 (2018).

¹⁵ על יתרונות הלגיטימציה הציבורית מבחינת תפקוד מערכת אכיפת החוק, ראו לדוגמה את המחקרים המצוטטים ב-Jonathan-Zamir & Harpaz, שם, בעמ' 842.

¹⁶ ראו לדוגמה: גיא לוריא, *מדיניות ריבוי המעצרים ופגיעתה בשוויון* (2018).

¹⁷ על הפרות נוספות של הזכויות ההליכיות בישראל, המצדיקות את חיזוק ההגנה עליהן, ראו: גיא לוריא, עמיר פוקס ודפני בנבניסטי *חוק-יסוד: זכויות במשפט* 29-30 (2021).

¹⁸ על הטייה זו ועל הקשר בינה לבין ריבוי של מעצרים מיתורים, ראו: אלון הראל והדביר יוגב "הרהורים נוגים על מעצרים מיתורים" *הסניגור* 25, 21, 234 (2016).

באחרים מובהקים- זרים ובני מיעוט קבוע, כאלה שאינם רק אחרים אלא שקל מאד לראות בהם אויבים.¹⁹ ככל שהמשטר זקוק יותר לאויבים כדי ללכד את העם נגדם, תגבר הנטייה להכתים או לסמן אותם כאויבים. בשיח של "אויב" ו"מלחמה" בו - קולן של הזכויות נתפס כבלתי רלוונטי, קשה לגייס עבורן אפילו את הפיקולו, כפי שרואים ביחס לפסיקת בית המשפט העליון באשר לצעדים מינהליים שנקטים באופן שגרתית כגון הריסת בתי מחבלים או מעצרים מנהליים.²⁰

במיוחד מתערערת הזכות נוכח הצורך באכיפה במקרים של עברות חמורות, במיוחד כאלה שמעוררות זעם, תעוב, איבה ופחד, כמו עברות הטרור, שחומרתן מאפילה, לעתים, על הרלוונטיות של שכיחותן. ועוד יותר כאשר יש גל או הצטברות של מעשים כאלה, שיוצר מצב חירום אמיתי או תחושת-תודעתית.²¹ כאשר מדובר בטרור, אין כלל ממד של זמניות חולפת, וגם במצבי חירום אחרים- הרבה יותר קל להיכנס לתוכם מאשר לצאת מהם.²²

המצבים המיוחדים האלה חשובים כשלעצמם, אבל הם חשובים מעוד בחינה: לא אחת, מה שמתכרסם בהקשר נתון, עלול להפוך לכרסום מתקדם ומתפשט. שכן מה שנתפס כיעיל לצורך מאבק בטרור, מדוע שלא יאומץ גם במאבק בארגוני פשיעה רגילים או בפשעים חמורים אחרים?²³

ג. מה משתמע ומתחייב ממעמדן המיוחד של זכויות אלה

משעמדנו על חשיבותן ופגיעותן של הזכויות ההליכיות ומעמדן המיוחד במדינה דמוקרטית, יש להבהיר מה משתמע ומתחייב מכך מבחינת ההגנה שנדרש שתינתן לזכויות אלה בהצעת חוק היסוד. בפרק זה נתמקד בשתי סוגיות הדורשות תיקון בהצעת חוק היסוד: פסקת ההגבלה שמגדירה באילו תנאים ניתן לפגוע בזכויות אלה, וההגדרה בהצעת חוק היסוד של תכליתו.

1. אין די בהגנה הרגילה המבוססת על מידתיות

במשפט החוקתי בישראל, כמו במקומות אחרים בעולם, דוקטרינת המידתיות הפכה בעשורים האחרונים לאבן הבוחן בשאלת חוקתיותה של חקיקה הפוגעת

¹⁹ ראו Kremnitzer and Saba-Habesch, לעיל ה"ש 12, בעמ' 119.

²⁰ השוו: בג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353 (1996).

²¹ ראו, לדוגמה: Suzie Navot, *Emergency as a State of Mind: the Case of Israel* in THE RULE OF CRISIS: TERRORISM, EMERGENCY LEGISLATION AND THE RULE OF LAW (Pierre Auriel, Olivier Beaud and Carl Wellman, Eds., 2018)

²² שם.

²³ דוגמה לכך הן הצעות לעשות שימוש במעצרים מינהליים ובמניעת התייעצות של חשוד עם עורך דין במסגרת המאבק בגל הפשיעה בחברה הערבית. ראו: אלון חכמן ואריק בנדר "בכירים במשטרה: מעצרים מנהליים היו יכולים למנוע מקרי רצח בחברה הערבית" **מעריב** (10.10.2021), <https://www.maariv.co.il/news/law/Article-869821>

בזכויות אדם. הדוקטרינה הזו, שאומצה בישראל בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, מבוססת על מבחן דו-שלבי לבחינת חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכויות. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם נפגעה זכות מוגנת בחוק-יסוד. בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה הזו מוצדקת על פי מבחניה של פסקת ההגבלה, אשר קובעת כי פגיעה בזכויות מותרת רק על פי חוק, אשר הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ושפוגע בהם במידה הראויה, כלומר החוק הפוגע עומד בתנאי שלושת מבחני המשנה של המידתיות (מבחן הקשר הרציונלי, מבחן הפגיעה הפחותה, ומבחן המידתיות במובן הצר), שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון.²⁴

בהצעת חוק היסוד הממשלתית הוצע שתחול פסקת הגבלה רגילה על הזכויות ההליכיות,²⁵ אולם, בשל השיקולים שהוזכרו, לא ניתן להסתמך על מידתיות שתהווה מגן מספיק. האפקטיביות של המידתיות בהגנה על זכויות האדם תלויה בטבורה במחויבות עמוקה לזכויות אדם שיש לשופטים, ולאור פגיעותן של הזכויות במשפט הן טעונות הגנה מוגברת. ברור שלא לכלל השופטים יש מחויבות כזו ככלל וביחס לזכויות במשפט מקל וחומר, מה-גם שיש הסבורים שלבעלי מחויבות כזו אין מקום במערכת המשפט.²⁶ זאת ועוד, הכרעות בדבר מידתיות, במיוחד במסגרת המבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר²⁷), סובלות מהיותן סובייקטיביות ומגילום של נורמטיביות חלשה, ומאפקט מדרוך חלש.²⁸ לא בכדי כבוד האדם מוגן במשפט הגרמני זכות מוחלטת, כלומר לפי לשון חוק היסוד הגרמני כבוד האדם הוא בלתי פגיע ואין לאזנו באיזון הסובייקטיבי של דוקטרינת המידתיות אל מול זכות או ערכים חברתיים מתחרים.²⁹ לא בכדי, הפרשנות המקובלת במשפט הבינלאומי היא שליכת ההליך ההוגן אינה ניתנת לגריעה (non-derogable) גם בשעת חירום מוכרות.³⁰ הוא הדין באמנה האירופאית לזכויות האדם המתייחסת לזכויות שיש למי שמואשם בפלילים

24 אהרן ברק **מידתיות במשפט** (2010).

25 ס' 17 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

26 ראו לדוגמה את פנייתה של התנועה למשילות ודמוקרטיה לשר המשפטים להביא להדחת השופטת מיכל אגמון גונן. ראו: התנועה למשילות ודמוקרטיה (@Meshilut) **טוויטר** (5.4.22), (17: 27), <https://twitter.com/Meshilut/status/1511349936692072458?cxt=HHwWIMC4vdGwsvkpAAAA>

27 לדוגמה: בג"צ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640, פס" 40 (2002).

28 לדוגמה: Ariel L. Bendor and Tal Sela, *How Proportional is Proportionality?* 13(2) INT'L J. CONST. L. 530 (2015). לביקורת על מבחני המידתיות על רקע הצורך בהגנה מוחלטת לזכויות מסיימת, ראו: Grégoire C. N. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, 23 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 179 (2010).

29 ראו קרמניצר וקרמר, **לעיל** ה"ש 10.

30 UN Human Rights Committee, *General Comment No. 29, Article 4: Derogations During a State of Emergency*, 31 August 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 para. 11

כאל מינימום.³¹ אין זה מקרה שהזכויות האלה אינן מנוסחות כעקרונות אלא ככללים,³² ללמדנו שהן מהוות כבר תוצאה של הכרעה באיזון שנערך; ולכן אין לחשוף אותן לאפשרות של פגיעה נוספת.

מאלפת העובדה שבית המשפט בפרשת העינויים נשען על איסור העינויים, בהדגישו שמדובר בהוראה מוחלטת של המשפט הבינלאומי, כזו שאינה נתונה לאיזונים או לחריגים או סייגים.³³ ספק אם היה יכול להגיע להכרעה שאליה הגיע בפרשה זו ללא אופיו זה של האיסור. ניתן בקלות להביא לתוצאה המבוקשת של אי החלת איזוני דוקטרינת המידתיות היכן שהם אינם מתאימים, בין על ידי הבחנה בין שני סוגי הזכויות – המוחלטות והיחסיות או על ידי הוספת המלים "הניתנות/הנתונות לפגיעה" אחרי המלים "אין פוגעים בזכויות יסוד שלפי חוק יסוד זה" בסעיף 17 להצעת החוק.³⁴ אפשרות אחרת יכולה לאמץ את גישתן של מספר חוקות ואמנות בינלאומיות, אשר אוסרות לחלוטין פגיעה במהות או בליבה של זכויות, ובתי משפט אחדים במדינות אלה גם פרשו מהי ליבת הזכות להליך הוגן.³⁵ ניתן לאמץ גישה זו על ידי הוספת הסיפא "ובלבד שלא תיגרע מהות הזכות" להוראת סעיף 17 האמור.

2. הגדרה שונה לתכליות ההליך הפלילי

מחשיבותן של הזכויות ההליכיות ובמיוחד לאור פגיעותן, עולה לדעתנו שיש לנסח מחדש את סעיף המטרה (סעיף 2) של הצעת חוק היסוד, לפיו "מטרת חוק היסוד היא להבטיח כי הגשמת תכליות ההליך הפלילי תיעשה תוך הגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך זה".³⁶ הניסוח הזה יוצר הבחנה או הברדה, ואולי אף ניכור, בין תכליות ההליך הפלילי לבין זכויות היסוד של האדם בהליך הפלילי. בעייתיות הניכור הזה מתחדדת לאור העובדה שתכליות ההליך הפלילי כלל אינן מוגדרות בהצעת חוק היסוד. האם התכליות האלה, ולא דווקא הנחותות שבהן, אינן קיום הליך הוגן ושוויוני, שמירת כבוד האדם, צמצום פער הכוחות לטובת המדינה בסכסוך שבין המדינה לפרט ומניעת האפשרות שאדם חף יורשע בפלילים ויענש על לא עוול בכפו? האם ההליך הפלילי בישראל אינו נועד להבטיח הליך הוגן לא פחות מכך שהוא נועד

31 לוריא, פוקס ובנבניסטי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 58.

32 לפירוט, ראו: לוריא, פוקס ובנבניסטי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 65. להבחנה בין כללים לעקרונות, ראו: ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 66 (2002) בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

33 נוסח ס' 17 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6: "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". השוו: מרים גור-אריה, "הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי" משפטים על אתר (23.9.2022).

34 לפירוט, ראו: לוריא, פוקס ובנבניסטי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 55-59.

36 ס' 2 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

להבטיח מאבק בפשיעה?³⁷ הניסוח הקיים מעניק לתכליות האחרות של ההליך הפלילי (מסוג מאבק בפשיעה) משקל יתר על הזכויות בהליך מכוח היותן תכליות, שכן תכלית מול מה שעומד בדרכה, מזמין הכרעה לטובת התכלית; ובכך מחליש דווקא את הזכויות שעה שנדרשת דווקא הגנה מיוחדת ותקיפה עליהן. בעוד שהצעת החוק נועדה לחזק את ההגנה על הזכות להליך הוגן, היא עלולה כך דווקא לקדש את התכלית של מאבק בפשיעה ושמידה על הסדר הציבורי.³⁸ הניסוח הקיים עלול גם להשכיח שמטרות ההליך הפלילי הן אמצעי להגנה על זכויות היסוד, לרבות הזכות לכבוד אנושי, שדווקא היא הינה בבחינת "גבוה מעל גבוה".

זאת ועוד, עלול להיווצר הרושם שהזכויות בהליך הן מכשול העומד בדרך להגשמת תכליות אלה, בעיקר גילוי האמת ועשיית צדק. יכול שיתקיים מתח ביניהן, אבל במקרים רבים לא רק שאין הדבר כך אלא שדווקא היפוכו של דבר הוא הנכון.³⁹ כדאי להזכיר שהסיבה העיקרית לנסיגתן של שיטות המשפט באירופה מעינויים הייתה המסקנה שהם מובילים להודאות שווא.⁴⁰ ניתן להשיג הישגים לכאוריים באמצעות פגיעה בזכויות, אך לא דווקא אמתיים ומהותיים.

ד. מה צריך להיכלל בחוק היסוד?

ההצעה משקפת גישה רזה. לדעתנו, ללא הצדקה. לאור מעמדן הפגיע של הזכויות ההליכיות, יש מקום להרחיב על הזכויות המפורטות בו. בפרק זה נציע הרחבות אלה.

1. הרחבת תחולת חוק היסוד לזכויות במשפט ולא רק לזכויות בהליך הפלילי

ראשית, לא מובן מדוע צומצמה תחולתו של חוק היסוד להליכים פליליים בלבד. מלכתחילה, יוזמת משרד המשפטים היתה לכונן חוק יסוד "זכויות במשפט" וחבל שבהזדמנות חגיגית זו לא קוים אותו רוחב יריעה, והוא צומצם להליך הפלילי, מתוך תפיסה כפי שהציגו אותה נציגי משרד המשפטים בכנסת של "תפסת מרובה - לא

³⁷ ראו לעיל ה"ש 13.

³⁸ כאמור, עיצובם של מערכות אכיפת חוק וסדרי הדין הפלילי נע בין שני קטבים – דגם אידיאלי שמקדש את הסדר החברתי והמאבק בפשיעה ודגם אידיאלי שמקדש את ההליך ההוגן וזכויות החשודים והנאשמים – ראו המקורות שהוזכרו לעיל בה"ש 13. אולם בכל מקרה, במציאות, אין שיטת משפט דמוקרטית שאינה מעצבת את ההליך הפלילי במידה כזו או אחרת על רקע הזכות להליך הוגן.

³⁹ שהרי תכליתן של רשויות אכיפת החוק אינה "לפעול למען השגתה של הרשעה בכל מחיר", אלא לחתור רק להרשעת האשם ולחשיפת האמת". ראו: בג"ץ 6689/12 עזבון המנוח סלאח ראפת ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה פסקה 24 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו 4.12.2013).

⁴⁰ Christopher J. Einolf, *The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical Analysis*, 25(2) SOCIOLOGICAL THEORY 101, 109 (2007)

תפסת", וכי ההליך הפלילי הוא הפוגעני ביותר ודורש לכן התייחסות נפרדת.⁴¹ לדעתנו צמצום זה מצער. במיוחד יש לחשוש מפני היווצרות טרקלין מפואר של משפט פלילי שבנוי לתלפיות מבחינת ההתחשבות בזכויות לבין מרתף של הליכים מנהליים, ובמיוחד המעצר המנהלי, שבו מתקיימת התנכרות לזכויות דינויות.

מתבקשת הליכה לפי ובעקבות אמת המידה הבינלאומית כפי שהיא קיימת באמנות הבינלאומיות ובחוקות מודרניות, כמו אלה של קנדה ודרום אפריקה.⁴² ודאי מתבקש לתת עיגון חוקתי ברור לעיקרי הצדק הטבעי בהליכים משפטיים (לא רק הליכים שיפוטיים), ובהם שההליך ייערך ללא משוא פנים, תוך מתן זכות טיעון, וכן עיגון זכות הגישה לערכאות והזכות להליך הוגן בכל הליך שיפוטי (לא רק הליכים פליליים), ובמסגרת זו הזכות שההליך הזה ייערך בפני בעל סמכות שפיטה שאין עליו מרות זולת מרותו של הדין, בפומבי, ואשר יסתיים בהחלטה מנומקת וללא שיהוי בלתי סביר. גישה זו מתבקשת לאור מעמדן הפגיע של הזכויות האלה כפי שפרטנו, ובמיוחד לאור העובדה שמסגרת כללית להגנה על זכויות אלה קיימת ממילא בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. האתגר הוא, לכן, דווקא בהכרעות של פירוט, של מתן בשר, עור וגידים לעקרונות ולערכי היסוד. הרבותא בחוק היסוד אינה בחזרה על כבוד האדם, שקיים כבר ממילא, וגם לא בהתייחסות להוגנות ההליך שמעוגנת חזק בפסיקה.⁴³

קשה לראות הצדקה לשיקול של השארת מרחב לפיתוח פסיקתי של הזכות להליך הוגן ולזכויות המשנה שלה כזכויות בת של הזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁴ במקום בו הכלל המשפטי המתאר את הזכות מוכר וברור, מדוע לא לעגנו ולחכות במקום זאת לישועה פסיקתית - שתבוא או לא תבוא? ואם תבוא, מתי תבוא? ואיננו מתייחסים לסבל ולעוגמת הנפש, ולעלות וליגיעה הכרוכים בהתפתחות פסיקתית, שדורשת תחילה פגיעה בלתי מוצדקת בזכות והליך משפטי שבסופו מוכרת או מוכרות חוקתיות הזכות. האפשרות של פסיקה עתידית אינה צריכה למנוע פרוט מלא ושלם של הזכויות במשפט הפלילי. ההכרעה בעניין זה באשר למה ששייך לרובד העליון של הנורמות בשיטתנו היא בידיה של הרשות המכוננת, שלה נתונה הבכורה לעניין זה. זה תפקידה, ואין היא רשאית לבטל עצמה בפני רשות אחרת. היא גם כשירה ומתאימה יותר למעשה של קביעת נורמה חוקתית בתחום זכויות היסוד. יש לה עדיפות ברורה על הרשות השופטת החורגת במקרים אלה מתפיסה פרשנית דווקנית, הכרעתה היא בהכרח צמודה למקרה שהגיע אליה (ואין בידה לפעול אלא במקרים המגיעים אליה וכאשר הם מגיעים), כדי להכיר בזכות עליה להתגבר על

⁴¹ ראו את דברי שר המשפטים גדעון סער ואת דברי עו"ד עמית מררי, בפרוטוקול ישיבה 261 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (11.5.2022). השוו: משרד המשפטים, "קול קורא בנושא הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט" **אתר משרד המשפטים** (11.8.2021).

⁴² לסקירה משווה, ראו: לוריא, פוקס ובנבניסטי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 39-63.

⁴³ ראו לדוגמה בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 16-17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 11.2.2010).

⁴⁴ לזכות להליך הוגן כזכות בת של הזכות לכבוד האדם, ראו: אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 863-879 (2014).

המחסום של הסגת הדעת (deference) כלפי המחוקק, ולהכרעותיה בעיקר במבחן המידתיות השלישי יש ממד סובייקטיבי חזק, וגרעון של נורמטיביות חזקה ושל לגיטימציה. הן מבחינת הדרכת הרשויות והן מבחינה חינוכית (ההשפעה על תודעת הציבור בכללו) ברורה העדיפות המובהקת של מה שכלול במסמך חוקתי על פני מה שמבקש לימוד מתוך הפסיקה.

גם בהנחה שהצעת החוק נותרת בגדרי המשפט הפלילי בלבד, עדיין מתבקשת הרחבה משמעותית של הצעת החוק. הרחבתו נדרשת בממד הזמן, הן ביחס לתחולתו על חקיקה בעבר (שהוצאה מתחולת חוק היסוד) והן ביחס לשלבים מוקדמים ומאוחרים יותר בהליך הפלילי, והרחבתו נדרשת גם מבחינת הזכויות ההליכיות המפורטות בו. נפרט להלן.

2. הרחבת תחולת חוק היסוד

(1) סעיף שמירת הדינים

לפי ההצעה כיום, היא כוללת סעיף "שמירת דינים" שיחסן את כל החקיקה שנחקקה עד ליום חקיקת חוק היסוד, מפני ביקורת חוקתית לאור חוק היסוד, לתמיד. רק חקיקה חדשה, שתחוקק לאחר חוק היסוד, ניתן יהיה להעביר ביקורת חוקתית, אף שחקיקה ישנה תפורש ברוח חוק היסוד, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון ביחס להוראת "שמירת הדינים" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁵ עדיין, המשמעות החזקה של ביקורת חוקתית היא דווקא באותם מקרים שאין די בפרשנות, שכן פרשנות ברוח של עקרונות היסוד של השיטה היתה לנו עוד בטרם כינום של חוקי יסוד בכלל. כל החידוש בחקיקת יסוד היא הביקורת החוקתית, במקרים שפרשנות לא מספיקה. ראשית, גם אם ניתן להבין את הצורך שבמתן שהות של שנים אחדות למדינה לבחון אם יש מקום לתקן את החקיקה הקיימת בתחום הפלילי כדי שתעמוד בדרישות חוק היסוד – ניתן היה להסתפק בשמירת דינים למספר שנים מוגבל. אין מקום לחסינות מוחלטת לכל החקיקה הקיימת בתחום הפלילי מתחולת חוק היסוד.⁴⁶ יש לזכור את הרקע המיוחד של הפשרה שהוכנסה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכללה את שמירת הדינים. מדובר בחשש שהיה אז מפני ערעור איזונים פוליטיים עדינים בהקשר לדת ומדינה ולזהותה של המדינה. בניגוד לכך, לנושא של זכויות חשודים והליך הוגן אין הקשר פוליטי רגיש ויש תמיכה פוליטית רחבה בחיזוק ההגנה על זכויות אלה. מעבר לכך, בניגוד לעמימות הזכויות שנחקקו אז והחשש שהדבר העלה מפני השלכות לא צפויות על חקיקה קודמת, כאן מדובר בתחום מוגדר וברור. לכן, החלטה שלא להחיל את חוק היסוד על כל החקיקה הקיימת בתחום, היא בבחינת "מה הועילו חכמים בתקנתם?". שכן, העברת חוק יסוד המסדיר את הזכויות במשפט הפלילי, באופן חגיגי, תוך הפיכתו לחוק יסוד שכל החקיקה העוסקת בזכויות במשפט

⁴⁵ דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (1995).

⁴⁶ ס' 21 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

הפלילי חסינה מפניו, למעט רפורמות עתידיות – היא בבחינת "ללכת עם ולהרגיש בלי", החותרת במידת רבה תחת מטרות חוק היסוד. מה-גם ששמירת הדינים עלולה ליצור תמריץ שלילי ביחס לאימוץ רפורמות כאלה ולתיקונים מתבקשים בחקיקה הקיימת, לדוגמה עלולה להיווצר רתיעה של הממשלה מפני תיקוני חקיקה אפילו אם אלה יטיבו עם זכויות חשודים או נאשמים, רק משום שכך עלול הסדר חקיקתי ישן לצאת מן החסות של שמירת הדינים.

(2) הגדרת ההליך הפלילי

שנית, ההגדרה של הליך פלילי⁴⁷ טעונה הרחבה הן לשלבים המוקדמים (מה בדבר עיכוב? מתי ניתן לעצור?⁴⁸ מתי ניתן לחפש?) הן לשלב שלאחר המשפט, ובעיקר שלב המאסר, שהוא השלב בו זכויות האדם מוגבלות בצורה החריפה ביותר ופער הכוחות בין האדם והמדינה הוא החמור ביותר והן בהבהרה ברורה שהזכויות יחולו לא רק על מי שהוא צד להליך פלילי,⁴⁹ אלא גם על עדים.

יש מקום לקבוע בהצעת החוק את עקרון השיקום,⁵⁰ הקבוע בה רק באשר לקטינים.⁵¹ תכליתו של השיקום אינה רק בבחינת "רחמים" ובבחינת עזרה לנאשם ושילובו לחברה, אלא יש בה אינטרס ציבורי מובהק, שיש בה כדי להגן על קרבנות פוטנציאליים עתידיים.⁵² יש לזכור כי גם בישראל, במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, הוכנס השיקום כשיקול חשוב שיכול להכריע לקולא את מידת הענישה אל מול העונש ההולם.⁵³ ראוי אם כן להכיר בתכלית זו גם בחוק העוסק בזכויות בהליך הפלילי, וכך לאפשר איזון ראוי יותר בין התכליות השונות של המשפט הפלילי.

47 ס' 2 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

48 המעצר בבית אסורים הוא בבחינת הסדר של מוצא אחרון, בלית ברירה אחרת. ראו לדוגמה בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 439 (1995) ("שיטת משפט דמוקרטית נאורה משתחררת ממנטאליות של מעצר כאמצעי ראשון. מדינה שערכיה דמוקרטיים מאמצת מנטאליות של מעצר כאמצעי אחרון").

49 ס' 3 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

50 "במסגרת ריצויו של עונש מאסר בפועל, שמשכו מאפשר זאת, תוכן תוכנית שיקום לאסיר כדי להעמיד לרשותו כישורים ומיומנויות שיאפשרו לו להשתלב בחברה כשומר חוק לאחר שיסיים לרצות את עונשו/שישתחרר מן הכלא".

51 ס' 13 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

52 ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק הדין של השופטת וילנר (אר"ש 29.1.2019).

53 ס' 40 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977: (א) קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו במבחן". ראו גם המחלוקת בעניין זה בין השופטת וילנר ובין השופטים שטיין וסולברג, האם התכלית השיקומית נמצאת במעמד גבוה יותר מזה התכלית ההרתעתית, בפרשת פלוני, שם.

3. הרחבת גישתו הרזה של חוק היסוד ביחס לזכויות ולדין הפלילי המהותי

מעבר לכך, הצעת החוק לוקה בחסרים בולטים בהגנה על זכויות חשובות בהליך הפלילי. כך, למשל, הזכות לשוויון אינה נזכרת כלל בהצעת החוק, למרות שהיא עומדת בבסיס משמעות הזכות להליך הוגן. לכן, יתכן שיש מקום להוסיף במסגרת זכויות האדם המוגנות בסעיף המטרה⁵⁴ – את השוויון, כדי להבהיר שחלק ממטרות החוק הן למנוע אכיפת יתר וחסר, פרקטיקות של תיוג אתני, וכן לדאוג לאיזון הכוחות בין הצדדים להליך הפלילי.⁵⁵

אחד הנושאים שבהם תורמת הצעת החוק תרומה משמעותית הוא בפירוט עקרונות היסוד של הדין הפלילי המהותי. אמנם עקרונות אלה באים לידי ביטוי בחוק העונשין,⁵⁶ חלקם באופן מפורש, אולם הענקת מעמד חוקתי לעקרונות יסוד אלה היא מהלך חשוב. יחד עם זאת, ביחס לשני עקרונות חשובים – עקרון האשמה ועקרון החוקיות – הגדרתם בהצעת החוק רזה מדי. כך, אשר לעקרון האשמה המעוגן בסעיף 5 להצעת החוק,⁵⁷ לדעתנו יש להרחיבו ולקבוע שלא תינקט נגד אדם פעולה הפוגעת במישרין בזכות חוקית שלו בגין מעשהו של אחר שהוא לא השתתף בו ולא היה בידי למנועו. את עקרון החוקיות שמופיע בהצעה, יש להשלים בדרישה שהאיסורים העונשיים יהיו מוגדרים ומפורשים, שפרשנותם לא תעשה על דרך הגזירה השווה וההיקש, ותהיה מצמצמת.

את החלק בהצעה שעניינו הדין הפלילי המהותי יש להעשיר בהוראה בדבר חיוניות הערך המוגן כתנאי להפללה ושיוויון של הדין הפלילי (למשל, לא תוטל אחריות פלילית אלא בגין איום של ממש על אינטרס חברתי חיוני הראוי להגנה בחברה חופשית, ובלבד שלא ניתן להגן עליו במידה המניחה את הדעת באמצעים פחות חמורים). באופן דומה יש ליתן ביטוי לטיבה החמור במיוחד של שלילת החירות. ולכן, יש לייחד אותה - ברמה הנורמטיבית רק לעברות של עוון ופשע, שהיסוד הנפשי הנדרש בהן הוא לפחות רשלנות; וברמת המימוש רק כאשר הטלתו הכרחית לאור עקרון ההלימה ולא ניתן להגשים את עקרון ההלימה בדרך סבירה אחרת. ראוי גם לקבוע, כהשלמה של עקרון הסיכון הכפול, שמעונש של מאסר בפועל-תנוכה תקופת מעצר או כליאה שהנידון נשא בגין אותו מעשה בארץ או מחוצה לה.

אף שמוצע בהצעת חוק היסוד לקבוע זכות לחזקת חפות,⁵⁸ זכויות נוספות הקשורות להליך הפלילי אינן מעוגנות במפורש: הוכחת אשמה מעבר לספק סביר,

⁵⁴ ס' 2 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

⁵⁵ אשר לעקרון השוויון בפני החוק במלוא הפירוט, הנתפס לא פעם כחלק מהזכות להליך הוגן, לדעתנו, לנוכח חשיבותו, ומשום שהוא מתפרש על תחומים רבים שאינם קשורים לזכויות במשפט, יש להקדיש לו חוק יסוד משלו. ראו: יובל שני חוק-יסוד: שוויון (2020).

⁵⁶ לדוגמה, ס' 1 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.

⁵⁷ ס' 5 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

⁵⁸ ס' 6 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

הזכות להתגונן בייעילות עם כל מה שכרוך בה, כגון לדעת את מהות ועילת האשמה, והזכות לנהל חקירה נגדית ולזמן עדי הגנה.

הזכות לייצוג משפטי מוזכרת אך ורק בהיבט אחד של הזכות, החירות להיות מיוצג על ידי עורך דין.⁵⁹ אולם אין זכר לזכות שנפוצה בחוקות של מדינות, ואף בנוסחים קודמים של חוק יסוד זה בישראל (וכן בחקיקה ראשית בישראל), של הזכות לייצוג המטילה חובה על המדינה לספק ייצוג לאדם שידו אינה משגת לכך, לכל הפחות בהליך הפלילי.⁶⁰ בזכות מפני ענישה אסורה בנוסח חוק היסוד המוצע,⁶¹ היה מקום להוסיף איסור על עונש וטיפול משפיל. יש לדעתנו מקום גם לקבוע איסור על הטלת עונש מוות.

לבסוף, צריך להביא בחשבון שזכויות שעשויות להיחשב נגזרות או שאין להן חשיבות עקרונית, עשויות להיות מבחינה מעשית קריטיות וחיוניות: כגון יידוע על זכויות, והודעה לאדם קרוב, ועיתוי המימוש של הזכות. כך, בזכויות בהליכי מעצר בנוסח חוק היסוד המוצע,⁶² לא מוזכרת הזכות להודעה אלאחר על דבר המעצר לקרוב משפחה של העצור, ואין זכר לזכות העצור להיפגש ללא דיחוי עם עורך דין לפי בחירתו ולקבל הודעה על זכויותיו. כמו כן, באותה הוראה, יש להבהיר שתכלית ההבאה בפני הרשות השיפוטית היא כדי שתבחן את חוקיות מעצרו.⁶³ ניסוח ההוראה בדבר זכויות בהליך החקירה,⁶⁴ מאפשר לדחות את היידוע על החשד עד לשלב גביית ההודעה – יש להקדים את המועד ולהוסיף גם זכות של הנחקר להיות מיודע על זכויותיו. כמו כן, יש לתהות, אם אכן מוצע לעגן "זכות שתיקה", ככל שזו נושאת בחובה סנקציה של חיזוק הראיות כנגד הנחקר או הנאשם. במידה שכן, אין זו זכות של ממש. לסיום, היה מקום לדעתנו לתת ביטוי מפורש בחוק היסוד גם לזכות לפיצוי של כל אדם שנשללה חירותו שלא כדין.

סיכום

אנו מברכים בכל לבנו על היוזמה של שר המשפטים לשעבר לחוקק את חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי. כל התקדמות במגילת הזכויות התקועה זה 30 שנה של מדינת ישראל, היא צעד בכיוון הנכון. עם זאת, חבל שתוחמץ ההזדמנות שנתונה כיום בידי הכנסת, אם בכך שתזנח את קידום הצעת חוק היסוד, בעקבות חילופי השלטון, או בכך

⁵⁹ ס' 9 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

⁶⁰ יואב ספיר "אשלויות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" **מגמות ביני ראויות ובסדר הדין הפלילי** 397, 411 (2009).

⁶¹ ס' 12 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

⁶² ס' 10 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

⁶³ השו: חיה זנדברג "עקרונות יסוד בהליך הפלילי: הזכות לפיקוח שיפטי הדוק על הליכי המעצר אגב סעיף 10(ג) להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי" **משפטים על אתר** (4.9.2022).

⁶⁴ ס' 11 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

שתוציא תחת ידיה חוק יסוד חלש שיהיה יותר למראית עין מאשר אפקטיבי ומקדם באופן אמיתי את ההגנה החוקתית על זכויות חשודים ונאשמים. ראוי לישראל חוק יסוד "עבה" יותר מבחינת פירוט הזכויות שבו, אך בעיקר ראוי כי החוק יגן על הזכויות בו באופן חזק. אסור להפכו ל"קישוט" באמצעות פסקת שמירת דינים נצחית שתמנע ביקורת חוקתית על כל החקיקה הפלילית העניפה מאז קום המדינה ; כן ראוי כי ליבת ההליך ההוגן לא תהיה כפופה לפגיעה באמצעות פסקת ההגבלה.