

חוק-יסוד: זכויות במשפט

גיא לוריא | עמיר פוקס | דפני בנביסטי

2021 צמור



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה
לסדר
45



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

חוק-יסוד: זכויות במשפט

גיא לוריא | עמיר פוקס | דפני בנבניסטי

הצעה לסדר 45

דצמבר 2021

Proposed Basic Law: The Right to Due Process
Guy Lurie | Amir Fuchs | Daphne Benvenisty

עריכת הטקסט: לילך צ'לנוב
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-377-0 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2021
נדפס בישראל תשפ"ב/2021

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל
סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

המכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר)

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

תוכן העניינים

7	תקציר
9	מבוא
12	פרק א. ההסדרים הקיימים
25	פרק ב. הצורך בחוק יסוד: זכויות במשפט
31	פרק ג. הצעות קודמות
39	פרק ד. מבט משווה
64	פרק ה. כיצד צריך להיראות חוק יסוד: זכויות במשפט?
78	סיכום

תקציר

אף שהזכות להליך הוגן הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות בת של הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית, המעוגנות מ־1992 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף שעוד קודם לכן עוגנו זכויות אלו בחקיקה ובפסיקת בית המשפט

העליון, עד כה לא הוכר מעמדה החוקתי במפורש בחוק יסוד. על כן, ההגנה החוקתית שזוכה לה זכות זו – שהיא זכות מסגרת חשובה שנובעות ממנה כמה זכויות משנה – היא הגנה חלשה ומוגבלת יחסית, וההדרכה של רשויות אכיפת החוק לשמור על זכויות אלו עמומה. מצב נורמטיבי זה עלול לגרום לפגיעה בלתי מידתית של המחוקק בזכויות האלה ולמציאות של חוסר שמירה מספקת מצד רשויות אכיפת החוק על זכויותיהם של חשודים ונאשמים. משום כך, כפי שאנו מראים בהצעה לסדר זו, נחוץ לעגן במפורש את הזכות להליך הוגן ואת זכויות המשנה שלה בחוק יסוד ולא להותיר את ההגנה עליהן כזכויות הנגזרות על דרך הפרשנות מהזכויות לכבוד ולחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במחקר אנו מציגים את אופן העיגון הנוכחי של הזכות להליך הוגן במשפט בישראל, בחקיקה ובפסיקה, ומסבירים מדוע נחוץ חוק יסוד שיעגן אותה במפורש ברמה החוקתית, בין היתר, על רקע הליכים משפטיים בישראל שבהם ההגנה על הזכות להליך הוגן חלשה ומקרי עבר שבהם היא נפגעה. אנחנו סוקרים במחקר את ההיסטוריה של ההצעות לעיגון חוק יסוד: זכויות במשפט, ומציגים כיצד מדינות אחרות מעגנות את הזכות להליך הוגן בחוקותיהן. בסוף המחקר אנו דנים בשאלה: כיצד צריך להיראות חוק יסוד: זכויות במשפט? ובסיכום המחקר מוצע נוסח של חוק יסוד.

מבוא

אף שהזכות להליך הוגן הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות בת של הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית,¹ המעוגנות מ־1992 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף שעוד קודם לכן עוגנו זכויות אלו בחקיקה ובפסיקת בית המשפט

העליון, עד כה לא הוכר מעמדה החוקתי במפורש בחוק יסוד. על כן, ההגנה החוקתית שזוכה לה זכות זו – שהיא זכות מסגרת חשובה שנובעות ממנה כמה זכויות משנה – היא הגנה חלשה ומוגבלת יחסית, וההדרכה של רשויות אכיפת החוק לשמור על זכויות אלו עמומה. מצב נורמטיבי זה עלול לגרום לפגיעה בלתי מידתית של המחוקק בזכויות האלה ולמציאות של חוסר שמירה מספקת מצד רשויות אכיפת החוק על זכויותיהם של חשודים ונאשמים. משום כך, כפי שאנו מראים בהצעה לסדר זו, נחוץ לעגן במפורש את הזכות להליך הוגן ואת זכויות המשנה שלה בחוק יסוד ולא להותיר את ההגנה עליהן כזכויות הנגזרות על דרך הפרשנות מהזכויות לכבוד ולחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק היסוד הקיים אינו מספק ערובה מספקת שתבטיח כי חקיקה חדשה לא תפגע בזכויות במשפט, ואינו מספיק לשם הדרכת רשויות אכיפת החוק ולשם חינוך הציבור. עדיף אפוא לפתוח בהליך כיוון של חוק יסוד חדש שיתבסס על בחינת עומק של הסיכונים לפגיעה בזכויות מתוך מבט רחב וארוך טווח.

* תודה לד"ר דנה בלאנדר, לד"ר נדיב מרדכי, לעו"ד אן סוצ'יו, לפרופ' מרדכי קרמניצר, לפרופ' יובל שני ולעו"ד ישי שרון על הערותיהם לטיוטות. ב־6 ביולי 2021 הצגנו את טיוטת המחקר בסמינר במכון הישראלי לדמוקרטיה. אנחנו מודים למשתתפים על הערותיהם, ובמיוחד לד"ר יואב ספיר ולעו"ד עדנה הראל־פישר.

1 אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** 863–879 (2014). כפי שהסביר המשנה לנשיאה ריבלין:

בית המשפט העליון הכיר בזכות להליך הוגן, לפחות במרכיבים מסוימים שלה, כזכות חוקתית מוגנת [...] אכן, הזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים, היא תנאי הכרחי להגנה על החירות. [...] יתירה מזאת. הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק לזכות לכבוד [...] עולה מן האמור שהזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים הקשורים להגנה על החירות ועל הכבוד, היא זכות חוקתית מוגנת.

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

כפי שנראה, המצב החוקתי בישראל חריג מאוד בהשוואה למדינות אחרות בעולם. ככלל, הזכות להליך הוגן מעוגנת במפורש בחוקות העולם ובאמנות בינלאומיות, והעיגון שניתן לה נוטה להיות מפורט ומדוקדק. מבחינה היסטורית, מדובר באחת הזכויות החשובות ביותר שהובילו לכינון מגילות זכויות ברחבי העולם, בעקבות היסטוריה של פגיעה שיטתית בהליך ההוגן מצידם של משטרים אוטוריטריים.² מימי הביניים ידועה במיוחד המגנה כרטה באנגליה, אך היא אינה הדוגמה היחידה להגנה על זכות זו בתקופה ההיא וגם לאחריה. ניתן להמחיש את מרכזיותה של הזכות להליך הוגן בתרבות המערב הליברלי בכך שכאשר ביקש קפקא להמחיש את הייאוש ואת מרמס כבוד האדם בידי המדינה המודרנית הדכאנית הוא בחר להתמקד בהליך משפטי שבו לא עומדת לפרט הזכות הזאת.³ במקומות אחדים הייתה זכות זו יסודית כל כך עד ששימשה מקור לפיתוחן של זכויות יסוד אחרות. לכן העדר עיגון מפורש בחוק יסוד בישראל הוא מצב דברים תמוה (שלא לומר – מביך), שאינו מתיישב עם הנהוג בעולם ועם המשפט הבינלאומי.

במחקר אנו מציגים את אופן העיגון הנוכחי של הזכות להליך הוגן במשפט בישראל, בחקיקה ובפסיקה, ומסבירים מדוע נחוץ חוק יסוד שיעגן אותה במפורש ברמה החוקתית, בין היתר, על רקע הליכים משפטיים בישראל שבהם ההגנה על הזכות להליך הוגן חלשה ומקרי עבר שבהם היא נפגעה. יש לציין כי בהסדרה חוקתית מפורטת מדי יש גם חסרונות, ואת חלק מההסדרים הספציפיים הנובעים מהזכות רצוי לעגן בחקיקה ראשית ולא בחוק יסוד.

אנחנו סוקרים במחקר את ההיסטוריה של ההצעות לעיגון חוקי יסוד: זכויות במשפט (הצעות החוק השונות, טיוטות הצעות החוקה, לרבות הצעת חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה והצעת חוקה בהסכמה רחבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת), ומציגים כיצד מדינות אחרות מעגנות את הזכות להליך הוגן בחוקותיהן. בסוף המחקר אנו דנים בשאלות האלה: כיצד צריך להיראות חוקי יסוד: זכויות במשפט? מה צריכה להיות נוסחת הפגיעה

2 לדוגמה, ידוע לשמצה "השיפוט הטלפוני" במזרח אירופה בתקופת המלחמה הקרה, שבו היה ההליך מוטה עד כדי כך ששופטים קיבלו הוראות טלפוניות בעניינים שעמדו לפניהם.

3 פרנץ קפקא המשפט (אברהם כרמל מחרגם 1992).

בזכות? (כלומר, האם פסקת ההגבלה הקיימת מתאימה לכל ההיבטים של הזכות להליך הוגן?), האם נחוץ נוסח "רזה" או "עבה" של הזכות? אילו רכיבי זכויות ראוי שייכללו בחוק היסוד? ומהו היחס הנאות בין הסדרים שראוי להגן עליהם ברמה חוקתית לעומת הסדרים שיכולים להיכנס לחוק רגיל? בסיכום המחקר מוצע נוסח של חוק יסוד.

פרק א. ההסדרים הקיימים

עיגון חוקתי

הזכות להליך הוגן אינה מעוגנת בישראל באופן חוקתי-פורמלי. למרות הצעות שונות לעגנה (ראו להלן, פרק ג), היא מעולם לא עוגנה בחוקי יסוד, מלבד מאפיינים אחדים שלה המצויים בשולי הזכות להליך הוגן – פומביות הדיון, אי תלות השופט, הערעור והמשפט החוזר – ואשר מעוגנים כהוראות מוסדיות (להבדיל מזכויות יסוד של פרטים) בחוקי-יסוד: השפיטה.⁵ עם זאת, אפשר בהחלט לטעון שחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן במשתמע חלק מסוים מהזכות להליך הוגן.⁶ סעיף 5 לחוק זה קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". לכן ההליך הפלילי, היכול לפגוע בחירותו של אדם באמצעות מאסר או מעצר (וכן בזכויות נוספות המנויות בפירוש בחוק, כגון הזכות לפרטיות וזכות הקניין) חייב להיות כפוף לפסקת ההגבלה. מכאן קצרה הדרך לפרש כי תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה כולל את ההתניה שההליך הפלילי המוביל לשלילת זכויות יסוד חייב לכלול הליך הוגן. כפי שכתב יורם שחר:

ניתן להשעין כמעט את כל סדר הדין הפלילי [...] על האיסור שבסעיף 5 ליטול או להגביל את חירותו של אדם בניגוד לתנאיו של סעיף 8

5 ס' 2, 3, 17, ר-19 לחוקי-יסוד: השפיטה.

6 חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 35 (2001).

[...] ניתן להראות כיצד נהפך כל סדר הדין הפלילי לחלק מן המשפט החוקתי.⁷

מעבר לכך, דרך אחרת לעגן את הזכות להליך הוגן היא לראות בה נגזרת של הזכות לכבוד האדם המנויה בחוק, שכן פגיעה בזכות ללא הליך הוגן היא פגיעה בכבוד האדם.⁸ כך גם באשר לזכות לקניין והזכות לפרטיות המעוגנות בחוק היסוד במפורש, ומכאן שניתן לפגוע בהן רק באמצעות הליך הוגן – בהליכים פליליים ואזרחיים כאחד.

בפסיקות בית המשפט העליון הוכרה הפרשנות שחוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מקור לזכות להליך הוגן ולזכויות חשודים ונאשמים.⁹ כך נפסק בהלכת **יששכרוב**:

רבים סבורים כי עם חקיקתו של חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו זכתה הזכות להליך פלילי הוגן למעמד חוקתי על-חוקי. בעמדה זו יש טעם רב. פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן בפלילים עלולה לפגוע בזכותו החוקתית של הנאשם לחירות לפי סעיף 5 לחוק היסוד. כן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד.¹⁰

7 יורם שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל 395 (אריאל רוזן-צבי עורך 1993).

8 אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (התשנ"ג-התשנ"ד); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1996).

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

10 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 560 (2006). כך גם בשורה ארוכה של פסקי דין שקדמו לו, בין השאר, מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל (2002), וכן בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואחי נ' כנסת ישראל ואחי, פ"ד נט(2) 481 (2005).

עם זאת, אין לכחד כי הגנה חוקתית זו חלקית ביותר. היא עמומה ולא מפורטת ומשאירה למחוקק ולפסיקה ליצוק תוכן בפירוט הזכויות השונות בחוקים רגילים. כפי שנראה להלן בפרק ב, מצב דברים זה בעייתי, וכפי שיפורט בפרק המשווה, חוקות במדינות העולם כוללות תמיד סעיף מיוחד הנוגע להליך הוגן, ובמקרים רבים יש בהן גם פירוט על ההיבטים השונים של הזכות להליך הוגן, זכויות נאשמים וחשודים.

עיגון בחקיקה ופסיקה

בסעיף זה נביא את עיקרי ההסדרים במשפט הקיים, לפי חקיקה ראשית ופסיקת בית המשפט, שבהם מעוגנות זכויות במשפט, בדגש על הליך הוגן.

עקרון החוקיות, פרשנות החוק, ספק סביר, עקרונות כלליים

ההסדר הראשוני ביותר המסדיר את עקרון החוקיות, שלפיו כל ענישה תעשה אך ורק לפי חוק, נקבע בסעיף 1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. כך גם עקרונות נוספים המגשימים את עקרון החוקיות במובנו המהותי, שלפיו אין ענישה למפרע ("אין עונשין אלא אם כן מזהירין") ואין החמרת ענישה למפרע. עיקרון נוסף שנקבע בסעיף 34 לחוק, קובע כי יש לפרש את החוק פירוש המקל עם הנאשם, ככל שיש לו פרשנויות סבירות שונות.¹¹ כך יש להגשים את העיקרון הבסיסי ביותר כי לא ייתכן הליך פלילי שיש בו פגיעה קשה בחירות ובכבוד האדם ללא עבירה שנקבעה במפורש בחוק או על פיו ושפורסמה מראש.¹²

11 אם כי ניתן לטעון כי סעיף זה עבר "רידוד" של ממש בפסיקת בית המשפט, ורק נוכח פרשנויות "שוות מעמד" יעדיפו את הפרשנות המקלה עם הנאשם. ראו למשל ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל, פס' 7 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה (2.11.2006).

12 עבירה פלילית הקבועה בחקיקת משנה טעונה אישור ועדה של הכנסת, ויכולה לכלול רק עבירות שעונשן אינו עולה על שישה חודשי מאסר (ס' 2 לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

כמו כן, כמה דינים נוספים בחלק הכללי בחוק העונשין מסדירים את חזקת החפות ואת העיקרון שהנטל להוכחת האישום מוטל על התביעה. כך, סעיף 34 ככב קובע את העיקרון שאדם לא יישא באחריות לעבירה מבלי שזו הוכחה מעבר לספק סביר, וכן כי לעניין הסייגים (ההגנות) לאחריות פלילית, די לנאשם שיעורר ספק סביר להתקיימות הסייג כדי להבטיח את זיכויו.

נוסף על כך, בתקנות סדר הדין האזרחי קבועים עקרונות של הליך שיפוטי אזרחי "ראוי והוגן", קרי קיומו במערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, נגישה, המקיימת את כללי הצדק הטבעי ומכריעה בתוך זמן סביר מתוך פסיקה שוויונית ומנומקת.¹³

זכויות חשודים

חקירה ותיעוד

החוק העיקרי המגן על זכויות חשודים בישראל הוא חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002. החוק קובע זכויות רבות בפירוש (חקירה בשפת החשוד, תיעוד החקירה, הזכות לייצוג, להיות נוכח במשפט, הזכות לערעור ועוד). עם זאת, החוק גם קובע את הסייג **שבעבירות ביטחון** לא יחולו הכללים בדבר חובת התיעוד, ותחול חובת פיקוח פנימית בלבד, ללא תיעוד.

מעצרים

את עיקר זכויות החשודים בהקשר זה קובע חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996. החוק קובע את העיקרון הכללי שאין מעצר או עיכוב אלא בחוק או לפי סמכות מפורשת בו (סעיף 1). עיקרון חשוב לעניין המעצרים נקבע בסעיף 2 לחוק, ולפיו "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". בתוך כך מפורטים עניינים

13 תקנה 2 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018 ("הליך שיפוטי ראוי והוגן מחקיים במערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה שהוקמה לפי דין, נגישה לציבור, מקיימת דיון לפי כללי הצדק הטבעי, מכריעה בתוך זמן סביר על יסוד הטענות ההדדיות המובאות לפניה, מנהלת את ההליך ופוסקת בו באופן שוויוני, מידחי ויעיל ומנמקת את החלטותיה").

ספציפיים יותר, ככל האפשר, באשר לצורך בהפרדה בין עצירים שזה מעצרם הראשון לבין עצירים חוזרים (סעיף 8(ב)), וכן בדבר התנאים ההולמים למעצר: תברואה, ניקיון, טיפול רפואי, כלי מיטה, שתייה ומזון, אוורור, קבלת מבקרים וכיו"ב, וכן יידוע העצורים בדבר זכויותיהם. לכך נוספה פסיקת בית המשפט העליון באשר למינימום השטח ההכרחי לכל אסיר.¹⁴

החוק גם קובע את האיסור לכבול עצור במקום ציבורי, כברירת מחדל, למעט אם יש עילה לכבילה (כגון חשש המלטות ועילות אחרות).

החוק קובע עילות ספציפיות למעצר חשודים לשם החקירה, וכן למעצר עד תום ההליכים.

עם זאת, אף שהחוק, ופסיקת בית המשפט העליון בעקבותיו, קידשו את הזכות להליך הוגן ואת הפיכת המעצר לאמצעי אחרון שיש לנקוט, רק אם אין ברירה אחרת,¹⁵ לא רק שמספר המעצרים הלך וגאה מאז חקיקת חוק המעצרים בשנת 1996, אלא שמדיניות המשטרה נותרה לעשות שימוש במעצר כאמצעי מרכזי באכיפת החוק ולא כאמצעי אחרון. מדובר בכישלון של בתי המשפט, הכושלים ביישום קפדני של החוק ואינם מקיימים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על המעצרים.¹⁶

14 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים (נבו) 13.6.2017. כן ראו, לדוגמה, בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007) (על המדינה מוטלת החובה לספק לכל אסיר מיטה לישון בה); בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974) (על זכותם של אסירים להכניס ספרי קריאה לכלא); בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שרות בתי הסוהר (נבו) 13.6.2006 (על זכותם של אסירים לחיי משפחה והורות).

15 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (1995); בש"פ 6504/03 מדינת ישראל נ' חביב, פ"ד נז(5) 865 (2003); חיה זנדברג, פירוש לחוק המעצרים 8-8 (2001).

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

נוסף על כך, לפי הסנגוריה הציבורית, גם תנאי המעצר והמאסר אינם מגשימים את רוח החוק בעניין הבטחת תנאים הולמים.¹⁷

זכות ההיוועצות בעורך דין

מלבד הזכות של כל אדם לייצוג באמצעות עורך דין מטעמו הקבועה בחוק לשכת עורכי הדין,¹⁸ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) סעיף 34 קובע את זכותו של כל **עצור** להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו, ואת החובה לאפשר לכל עצור להיוועץ בעורך דין ללא דיחוי. בפסיקה הורחבה הזכות לכל חשוד המובא לחקירה.¹⁹ כמו כן, החוק קובע כי תנאי ההיוועצות יבטיחו את סודיות השיחה ואת קיומה ביחידות. סעיף 19 לחוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 קובע את החובה ליידע את החשוד בזכותו למינוי סגור ציבורי, ככל שמתקיימים התנאים לכך, ובכפוף לחריגים מסוימים (עבירות ביטחון) המאפשרים עיכוב פגישת החשוד עם סגורו.

חוק הסנגוריה הציבורית קובע באילו מקרים אדם זכאי לייצוג במימון המדינה, כלומר של הסנגוריה הציבורית: בעיקר נאשמים מחוסרי אמצעים, או נאשמים שבית המשפט החליט כי ימונה להם סגור ציבורי מסיבות שונות, המנויות בחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב): נאשם בעבירות חמורות, נאשם צעיר או נאשם הסובל ממוגבלויות למיניהן.

בעניין זכותו של העצור לקבל הודעה על זכותו להיפגש עם עורך דין להיוועצות, פסק בית המשפט העליון כי היא נגזרת מהזכות לייצוג:

מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך-דין, נגזרות ומשתמעות הזכות לקבל הודעה על קיומה של זכות זו והחובה

17 הסנגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנים 2017-2018 (2019).

18 ס' 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961.

19 ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, 764 (2009).

המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור. מי שאינו יודע על קיומה של זכות, לא יוכל לנסות לממש אותה. ובמיוחד כך הוא משמדובר באדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא שלא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות. אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחויבות הן הרשויות, שיודיעו לו על זכותו להיפגש עם עורך דין.²⁰

סעיף 32 לחוק המעצרים קובע במפורש שאם הוחלט לעצור את החשוד, יש ליידעו על זכותו להתייעץ עם עורך דין. חוק הסנגוריה הציבורית מרחיב עוד יותר, וקובע את החובה ליידע כל חשוד המגיע לחקירה וזכאי לעורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית בזכות זו. למרות הוראות אלו, לפי הסנגוריה הציבורית, מימושה של זכות ההיוועצות לוקה בחסר.²¹ יצוין כי בישראל, בניגוד למקובל בחלק ממדינות המערב, אין זכות לנוכחות עו"ד במהלך החקירה.²²

זכויות נאשמים

עיקר זכויות הנאשמים מוסדר בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. סעיף 5 קובע את הזכות שלא לעמוד לדין פעמיים בשל אותו מעשה ("סיכון כפול").²³ כמה סעיפים מסדירים את זכותו של הנאשם לסנגור, את המקרים שבהם ימונה סנגור על ידי בית המשפט, וכן שנאשם לא ישלח לעונש מאסר בפועל אם לא היה מיוצג (סעיף 15ב). כך גם מוסדרת זכותו של הנאשם לנוכח במשפט (ס' 126), אם כי במקרים מסוימים זכות זו הופכת לחובה (אם בית המשפט מצווה על נוכחות הנאשם).

20 בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מז(2) 843, 851 (1993).

21 הסנגוריה הציבורית דוח פעילות 2019 26 (2020).

22 ראו למשל את הדירקטיבה של האיחוד האירופי: Article 353(a) of Directive 2013/48/EU הקובע כך: "Member States shall ensure that suspects or accused persons have the right for their lawyer to be present and participate effectively when questioned"

23 למעט אם לאחר הרשעה הביא המעשה שבגיניו הועמד לדין למוחו של אדם.

סעיף 149 מאפשר לנאשם לטעון טענות מקדמיות שונות, ברובן טכניות, אך בכללן הוכנסה בשנת 2007 טענת "הגנה מן הצדק" ("הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"). הגנה זו פותחה בפסיקה עוד קודם לכן. בבג"ץ יפת היא אופיינית בצמצום, במצבים שבהם מדובר בהתנהגות שערורייתית של התביעה, משום רדיפה של התביעה את הנאשם שהדעת אינה סובלת.²⁴ בין המצבים שבהם יכולה לחול ההגנה כלולים גם מצבים של פגיעה בהליך ההגנה שאינם כלולים בדינים הקיימים, ויוצרים תחושת אי-צדק חריפה. הדגש בדוקטרינה הוא על פעילות לא תקינה מצד רשויות אכיפת החוק או מצד רשויות המדינה.²⁵

פסילת ראיות שהושגו שלא כדין

כלל הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין אינו קיים בחקיקה, והוא פותח בפסיקה, למעט כמה דברי חקיקה מכורשים: הוראות חוסר הקבילות של האזנות סתר (אלא בתנאים מסוימים) בחוק האזנות סתר,²⁶ והוראות פסילת ראיות שהושגו מתוך פגיעה בפרטיות (אלא בתנאים מסוימים) בחוק הגנת הפרטיות.²⁷ פסק הדין המרכזי לעניין זה הוא "הלכת יששכרוב", שבו הורשע חייל על סמך הודאה שנגבתה בלא שהנאשם ידע על זכותו להיוועץ בעורך דין. עד פסק הדין הזה הייתה המגמה בפסיקה שלא לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, אלא רק לקבוע כי העובדה שהושגו שלא כדין מכרסמת במשקל הראיות. בהלכת יששכרוב נקבע כי יש משמעות לעניין זה לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהעלאת זכויות האדם, ובכללן זכויות הנאשם והזכות להליך הוגן, לדרגה חוקתית. על רקע זה אימץ בית המשפט דוקטרינה של "פסלות יחסית", שלפיה יש שיקול דעת לבית המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, ובפסילת הראיה מיועדת למנוע

24 רינה קיטאי סנג'רו "הגנה מן הצדק מול סמכות ה-nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה" המשפט יד 517, 513 (תשע"א).

25 שם, 518; ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק 22 (מהדורה שנייה, 2009).

26 ס' 13 לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979.

27 ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לפסקת ההגבלה.²⁸ בית המשפט אף ציין שראוי היה להסדיר דוקטרינה זו בחקיקה. לפי הדוקטרינה על בית המשפט לשקול כמה שיקולים: חומרת אי-החוקיות, מידת השפעת אי-החוקיות על השגת הראיה, וכן הנזק והתועלת החברתית שבפסילת הראיה (ולכן לחומרת העבירה יש השפעה מצמצמת על יישום הדוקטרינה).²⁹ בעת האחרונה פורסם תזכיר חוק המציע תיקון של ההלכה.³⁰

28 יצוין כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מתבססת על המודל הקנדי לפסילת ראיות, המוסדר בסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי ופותח על ידי בית המשפט העליון בקנדה בפרשת קולינס. כפי שמוסבר בפרק ד, על פי המודל הקנדי ניתן לפסול ראיות בהתקיים שני תנאים: הראשון, שהראיה הושגה מתוך הפרה של זכות חוקתית המוגנת בצ'רטר; השני, שהראיה חופסל אם במכלול הנסיבות תפגע קבלתה בשמה הטוב של מערכת הצדק. תנאים אלו מקבילים לתנאים שנקבעו בהלכת יששכרוב, ולפיהם ראיה חופסל אם הושגה "שלא כדין" ואם קבלתה תפגע מאוד בזכות הנאשם להליך הוגן. בפרשת קולינס נקבעו אמות מידה להפעלת שיקול דעת שיפוטי בפסילת ראיות, ובהן: מידת הפגיעה של קבלת הראיה על הוגנות המשפט, וכן חומרת הפרה מצד גורמי אכיפת החוק. אמות המידה האלה הן הבסיס להלכת יששכרוב. יצוין כי נמתחה ביקורת על ההישענות העמוקה של בית המשפט העליון בישראל על פרשת קולינס, בין היתר מכיוון שחלק מאמות המידה שהותוו ב-1987 בפרשה זו אינן משקפות עוד את הדין הנוהג בקנדה. ראו יובל מרין ורינת קיטאי סנג'רו "Miranda, Collins" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** לז' 429, 460-468 (2019).

29 יש הטוענים כי השיקול של חומרת העבירה קיבל משקל מכריע לעניין הזה, ולכן הלכת יששכרוב מופעלת למעשה מעט מאוד (ראו אסף הרדוף "רעיון בלתי קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" **משפט וממשל** כ' 141 (2019)). לפי הטענה, כאשר מדובר בתיק חמור, בית המשפט אינו מוכן "לשלם" את המחיר של זיכוי של נאשם בשל פסילת ראיה שהושגה שלא כדין. הם מצביעים על מקרה יחיד של פשע חמור שבו היה זיכוי של נאשם שמת בכלא (יוני אלזם), אך ברור שבמקרה זה לא שולם המחיר של שחרורו של אדם מסוכן בשל פסילת ראיה. על כן נמתחה ביקורת רבה בספרות על יישומה של ההלכה בפועל (ראו בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אחר ד** 25 (תשע"ב)). לעומת זאת, יואב ספיר וגיא רובינשטיין טוענים כי הביקורת על יישום הלכת יששכרוב מוגזמת. לטענתם דוקטרינת הפסלות היחסית היא המיטבית (בניגוד ל"מוחלטת" כפי שקיימת, להלכה, בארצות הברית) ובתי המשפט מיישמים אותה ואף מפתחים אותה ומרחיבים אותה. הם הצביעו גם על כך שגם בעבירות חמורות גוברת הנטייה להשתמש בדוקטרינה, ואפילו בתיק רצח (מקרה חייבטוב). (יואב ספיר וגיא רובינשטיין "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט** י' 333 (2019)).

30 תזכיר לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשפ"א-2021.

הזכות להימנע מהפללה עצמית

אין הגנה חזקה לזכות להימנע מהפללה עצמית. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] קובע כי הנאשם רשאי להימנע מלהעיד (סעיף 161 (ב)). עם זאת, החוק קובע בסעיף 162 כי הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק או סיוע לראיות התביעה נגדו.

באשר לעצור, סעיף 28(א) קובע חובת אזהרה, אך זו מנוסחת דווקא באופן המאיים על החשוד – שמוותר לו שלא לומר דבר העלול להפלילו, אך שתיקתו עלולה לחזק את הראיות נגדו.

זכות ערעור

לשני הצדדים (התביעה וההגנה) הזכות לערער על פסק הדין של הערכאה הראשונה, כולל על החלטה לזיכוי.³¹

משפט חוזר

מעבר להוראת ההסמכה הכללית בחוק-ייסוד: השפיטה, חוק בתי המשפט קובע את העילות לקיום משפט חוזר, אולם שיעור המשפטים החוזרים עדיין נמוך, אך שבשנת 1996 הורחבו העילות האלה בתיקון שנעשה בחוק. הדרישות לקיום משפט חוזר, שחלקן הוספו בפסיקת בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, נותרו מחמירות,³² וכחות מ־30 בקשות התקבלו מאז הקמת המדינה (טרם התיקון בשנת 1996, התקבלו רק שלוש בקשות למשפט חוזר).³³

31 פרק ו לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

32 מרדכי קרמניצר, גל הרניק בלום וג'יד (יהודה) טרגין הצורך בהסדרה מחודשת של המשפט החוזר בישראל הצעה לסדר 44 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021).

33 לפי נתוני קליניקה החפות של הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

סוגיית המעבר מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית ואזרחית

לרשות המינהלית ניתנות סמכויות נרחבות לאכוף בעצמה חוקים שונים. בתחומים רבים הרשות יכולה לבחור להתקדם במסלול הפלילי (באמצעות ניהול הליך פלילי בין כותלי בית המשפט) או במסלול המינהלי, שגם בו המדינה מוסמכת להגביל זכויות יסוד. המסלול המינהלי כולל את היכולת להטיל סנקציות, לדוגמה, קנסות, הגבלות תנועה, הריסת מבנים, שלילת רישיונות ועוד.³⁴ בתחומים אחרים, המעברים הגנה על אינטרסים ציבוריים ומיועדים לשמירה על שלטון החוק, המדינה גם מפעילה אכיפה אזרחית על ידי הגשת תביעות אזרחיות, בין בהמשך הליך פלילי, בין בלי קשר לכך.

בשנים האחרונות אנו עדים למגמה גוברת של הסטת האכיפה מהאפיק הפלילי לאפיק המינהלי, בין היתר לנוכח הרגולציה ההולכת וגוברת המביאה עימה אכיפה מוגברת.³⁵ בעשור האחרון העמיקה המדינה את השימוש גם במסלול האזרחי.³⁶ אשר לאפיק המינהלי, עד היום נקבעו עשרות דברי חקיקה שבהם ניתן לבצע אכיפה מינהלית, חלף העבירה הפלילית שנקבעה במקור. ההחלטה אם להתקדם במסלול הפלילי או במסלול המינהלי מסורה לרשות המינהלית, ואילו הפרט רשאי לשוב אל המסלול הפלילי בשל העדפתו אותו על פני המסלול המינהלי. ביטוי מובהק למגמה בתחום המינהלי נמצא בחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, שמטרתו לשפר את האכיפה ולהקל את העומס המוטל על מערכת בתי המשפט, וכן לאפשר לאדם שעבר עבירה מינהלית לשאת בעונש מבלי שיוכתם בסטיגמה פלילית.³⁷ על פי החוק, שר המשפטים רשאי לקבוע

34 רון שפירא מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית 36 (2019).

35 דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי 66 (2010).

36 מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי 72 א 653 (2021).

37 הצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה-1985, ה"ח 59, 61; מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי - ידו בכל" ספר דניאל - עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 935, 953-954 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים 2008).

כי עבירות מסוימות שאינן פשע הן עבירות מינהליות שעליהן ניתן להטיל קנס מינהלי במקום לקיים הליך פלילי. חוק העבירות המינהליות הוא דוגמה אחת מבין כמאה דברי חקיקה המסדירים את האפשרות להטיל סנקציות מינהליות במקום לקיים הליכים פליליים.³⁸

ככלל, מסלול האכיפה המינהלית שמור לעבירות גבוליות, המצדיקות טיפול במסלול חלופי למסלול הפלילי. מסלול זה נועד להשיג את ההרתעה הנדרשת בלי להגביר את העומס על מערכת המשפט, וכן בלי לגרור פיחות במעמד הסנקציה הפלילית ובכוח ההרתעה. בד בבד, מי שעבר עבירה מינהלית אינו נדרש לשאת בכתם ההרשעה הפלילית.³⁹ כדי להביא לאכיפה יעילה ומיידית, האכיפה המינהלית מוותרת על הוכחת היסוד הנפשי המאפיין אחריות פלילית רגילה. בתמורה האיסור יוצא מן התחום הפלילי, והאדם אינו מורשע בדין פלילי, על האשמה והסטיגמה הנלוות לכך.⁴⁰

עם זאת, מתעוררות שאלות בעניין ההבחנה בין שני סוגי העבירות, הפלילית והמינהלית. לדוגמה, אם מוצדקת הסמכות שניתנה לתובע להאשים בפלילים בגין הפרת עבירה מינהלית, ואם מוצדק להטיל מאסר בגין קנס מינהלי שלא שולם. רון שפירא הראה שההליך המינהלי, בניגוד להליך הפלילי, אינו מסדיר את אופן איסוף הראיות על ידי הרשות המינהלית, וכן אינו מחייב את הרשות לפרט את התשתית העובדתית שעליה היא נסמכה בקבלת החלטה מינהלית.⁴¹ נוסף על כך, הוא טען כי הסטיגמה הנלווית להליך המינהלי אינה נופלת במידה רבה מהסטיגמה המוטלת בהליך הפלילי. מאפיינים אלו פוגעים בזכותו של הפרט להליך הוגן, שהיא חלק בלתי נפרד מן ההליך המינהלי, ואינה שמורה רק להליך פלילי.⁴² על כן הציע שפירא כי הרכיב המכריע לקביעת נטל ההוכחה הנדרש יהיה

38 רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" הסניגור 205, 4, 6 (2014).

39 שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 40.

40 קרמניצר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 954.

41 שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 312-313.

42 שם, בעמ' 316.

טיב הסנקציה שהרשות המינהלית נוקטת עם הסטיגמה הדבקה במי שנקבע שהפר את הוראות החוק.⁴³ עוד הוא הציע לבסס אמצעי בקרה על הליך קבלת ההחלטה של הרשות המינהלית בדבר נקיטת הליך מינהלי והשתת סנקציה מינהלית. מעבר לכך, בהקשר שלנו – כפי שנסביר בהמשך, בפרק ה – מאפיינים אלו של הליכי האכיפה (המינהלית אך גם האזרחית) מחייבים עיגון של הזכות להליך הוגן לא רק בהקשר הפלילי.⁴⁴

43 שם, בעמ' 51.

44 שם, בעמ' 312-313.

פרק ב. הצורך בחוק- יסוד: זכויות במשפט

הטיעונים

הדיון בשאלה מדוע יש צורך בחוק-יסוד: זכויות במשפט כרוך בדיון בהצדקות לעיגון חוקתי של כל זכויות האדם, ואף בעיגון החוקה – להבדיל מהסדרים המבוססים על חקיקה רגילה. בין ההצדקות מקובל להזכיר הוצאה של נורמות ערכיות מסוימות מהשיח הפוליטי הרגיל הנשלט בידי הרוב הפוליטי; הגנה טובה יותר על המיעוט הפוליטי מפני התעמרות הרוב הפוליטי; הגדרה בהירה של נורמות ערכיות בסיסיות על התועלת החינוכית הכרוכה בכך, ועוד.⁴⁵ מעבר לכל אלו יש לעמוד על ייחודיות ההצדקות האלה באשר לזכויות במשפט. כל הזכויות החוקתיות מופנות אל המדינה, אולם זכויות במשפט הן זכויות מיוחדות (יחסית לזכויות אחרות) בכך שהן מופנות כלפי מערכת אכיפת החוק, ובכללה בתי המשפט, שהם המפריים הפוטנציאליים של הזכויות האלה,⁴⁶ ולכן נחלשת

45 לדוגמה, מאיר שמגר "אני מאמין של מנסחי ההצעה" 21 חוקה בהסכמה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 17-25 (2016); אלון הראל "מדוע זכויות חוקתיות חשובות?" משפט ועסקים יט 675 (2016). מובן שעיגון של ערכים וזכויות בחוקה אינו ערובה למימוש הזכויות בפועל. ראו לדוגמה, David Law & Mila Versteeg, *Sham Constitutions*, 101 CALIF. L. REV. 863 (2013)

46 ראו לדוגמה את דבריו של ד"ר אמנון רייכמן בפרוטוקול מס' 411 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (13.2.2005) ("אם הייתי צריך לבחור דבר אחד שמייחד את הזכות להליך הוגן מכל הזכויות האחרות, זה העובדה שבסופו של דבר, הנמנע

יכולתם למלא ביעילות את תפקידם להיות שומר סף בפני פגיעה בזכויות מצד רשויות המדינה. מדובר גם בזכויות שבלי הגנה יעילה עליהן קשה להגן על רוב רובן של זכויות האדם האחרות.

יואב ספיר תומך בעיגון חוקתי נרחב של הזכויות להליך הוגן על רקע שלושה טיעונים: (1) "דגם ההליך ההוגן" של ההליך הפלילי בישראל (במובן של טיפוס אידיאלי של הליך פלילי המקדש את זכויות החשודים והנאשמים) מתחרה כל הזמן בדגם ה"לחימה בפשיעה" (כלומר, טיפוס אידיאלי של הליך פלילי המקדש את יעילות המאבק בפשיעה על חשבון ההליך ההוגן), ולכן בלא עיגון חוקתי צפויה להיות במשך הזמן פגיעת יתר בהליך ההוגן לטובת המאבק בפשיעה, שנתפס כאינטרס ציבורי דחוף מן המעלה הראשונה שהמערכת הפוליטית מצופה לקדם (ונציין שגם "מנטליות הציד" העלולה להתפתח בזרועות אכיפת החוק צפויה להביא לפגיעות בלתי מוצדקות בהליך ההוגן; לכך יש להוסיף את החשש מפני תהליך שבו מערכות אכיפת החוק, כלומר המשטרה, התביעה ובתי המשפט, יטעו ויראו בעצמן גוף אחד ב"מלחמה" בפשיעה); (2) כאשר מדובר בזכויות של חשודים ונאשמים, מכיוון שמדובר באוכלוסיות מוחלשות ומובחנות מהשוטרים, מהתובעים, מהשופטים ומהמחוקקים, קל לראות בהם "אחרים" ואף אויבים, ולפגוע בזכויותיהם; (3) במשפט הפלילי יש פער גדול יחסית בין המשפט בספרים לבין המשפט בפועל (כלומר, ההוראות החוקיות הקובעות כיצד אמור להיראות ההליך הפלילי אינן מיושמות).⁴⁷ לטיעונים האלה יש להוסיף את עליית השיח על זכויות נפגעי עבירה, שלמעשה מקדש עוד יותר את האינטרס הציבורי ולכן עלול לפגוע בהגנה שהרשויות מקנות לזכות להליך הוגן. גם השיח הביטחוני, שבישראל הוא מרכזי במיוחד, מעורר חשש מפני חלחול של הסדרים שאינם רגישים די הצורך לזכות להליך הוגן מההקשר הביטחוני להקשרים אחרים.

של הזכות להליך הוגן הוא הרשות השופטת עצמה, זאת אומרת, מי שיכול להפר את הזכות להליך הוגן הוא בחי־המשפט עצמם".

מדוע יש צורך בהגנה "חוקתית" דווקא, ולא רק בחקיקה רגילה?

יש שיטענו כי את כל הפערים בעניין ההגנה על זכויות חשודים אפשר לסגור באמצעות תיקון החקיקה הקיימת או תוספת של חקיקה שתגן טוב יותר על זכויות הנאשמים והחשודים. אולם, כפי שטוען ספיר (לעיל), החשש הוא שהמחוקק (הראשי) יכביד ידו על נאשמים וחשודים משיקולים רגועים ופופוליסטיים. לכן נדרש המכונן להקשות על המחוקק באמצעות קביעה חוקתית ארוכת טווח השמה גבולות וגדרות נורמטיביים ברורים, ומאותנת לבית המשפט בדבר הכיוון שאליו יש לשאוף.

הסדרה חוקתית דרושה גם מסיבות נוספות. בהליך הפלילי שוררים פערי כוחות בין המדינה לבין הפרט – פערי כוחות ההולכים וגדלים בשל עליית כוחה וגודלה של המדינה המינהלית המודרנית. פערי כוחות אלו מנביעים עוד צידוק להגנה חוקתית על הזכות להליך הוגן. נוסף על כך, לרשויות אכיפת החוק משקל רב בניסוח הכללים החלים בהליך הפלילי ובפיתוחם, ומבחינה מוסדית עלולה להיות להן העדפה לקידום יתר של האינטרס הציבורי באכיפת החוק על חשבון ההגנה על הזכות להליך הוגן.⁴⁸ שכן בסופו של דבר הציבור בוחן אותן בעיקר לפי הצלחתן בהקטנת שיעורי העבריינות, ולא דווקא לפי הצלחתן בשמירה על זכויות חשודים ונאשמים. עיגון חוקתי של זכויות להליך הוגן נחוץ גם בשל החשש שהרוב הפוליטי, שאינו מי שכתב בדרך כלל להליך הפלילי,⁴⁹ יקדם את יכולת האכיפה של המדינה על חשבון הזכות להליך הוגן של מי שכתובים בדרך כלל להליכים פליליים (שלא פעם הם מיעוטים למיניהם). לרוב הציבור, שאינו צפוי לבוא בדרך כלל במגע עם רשויות אכיפת החוק, קל להתעלם מהמחיר שמיעוט קטן בציבור ישלם מחמת הכרסום בזכות להליך הוגן, או לראות בו מחיר שראוי לשלם, בבחינת השבבים הניתזים כאשר כורתים עצים. הנכונות הזאת גוברת

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

49 ראו למשל לוריא, לעיל הי"ש 16.

כאשר מרבית העבריינים משתייכים לקבוצות המוחלשות והבלתי אהודות בחברה.

כישלון חוק המעצרים משנת 1996 (שהוזכר לעיל בפרק א) הוא דוגמה למגבלות ההגנה על הזכות להליך הוגן באמצעות חקיקה רגילה. לעומת זאת, לחוקי יסוד המגנים על זכויות יש ערך חינוכי והשפעה רבה יותר על תודעת רשויות המדינה והאזרחים. כך, עיגון חוקתי של הזכות להליך הוגן, ובפרט זכויות העצור, עשוי היה לחנך את המשטרה להפעיל מדיניות מעצרים המכבדת יותר את הזכות הזאת, והיה עשוי לסמן לבתי המשפט בערכאות הנמוכות להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית יותר על מעצרי המשטרה.

אף על פי שגם חקיקת יסוד אינה מתכון קסם, ומובן שגם לה מגבלות בהיקף ההשפעה על המציאות בשטח,⁵⁰ אנו סבורים שכינון חוק יסוד עשוי לחולל שינוי אמיתי בזכות להליך הוגן של נאשמים וחשודים, וביחס של המחוקק, של מערכת אכיפת החוק ושל בתי המשפט כלפיהם. במילים אחרות, לחוק יסוד עשוי להיות תפקיד חינוכי שישגור לפחות חלק מהפער שבין החוק-על-יסוד לבין החוק כפי שהוא מופעל הלכה למעשה. כפי שניתן לראות להלן בפרק ד, חוקות אחרות בעולם אכן כוללות פירוט רב יחסית של הזכויות האלה, וכך גם אמנות בינלאומיות. כפי שהראתה בת' סימונס, להגנה משפטית מסוג זה (המחקר שלה התמקד באמנות בינלאומיות) הייתה בתנאים מסוימים השפעה חיובית על הוגנות ההליכים.⁵¹

50 יש הטוענים שקביעת סטנדרטים גבוהים מדי עלולה אפילו להשפיע לרעה על המציאות בשטח. ראו *Adi Leibovitch & Alexander Stremitzer, Aspirational Rules* (Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series no. 21-8, March 2, 2021)

Beth Simmons, *Civil Rights in International Law: Compliance with Aspects of the "International Bill of Rights"*, 16 (2) *INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES* 437 (2009)

סוגיות שבהן ההגנה על הזכות להליך הוגן חלשה או מקרים שבהם היא נפגעה

כמה סוגיות מדגימות את חולשת ההגנה של המשפט הישראלי על הזכות להליך הוגן.

באופן כללי, הליכים משפטיים בעבירות ביטחוניות מועדים לפורענות, משום שיש בהם איזון חוקתי שונה מבהליכים הפליליים הרגילים, המכבדים פחות את הזכות להליך הוגן, את זכויות העציר, את זכות הייצוג ועוד, לטובת סמכויות מרחיקות לכת של גורמי אכיפה: בחוק המעצרים, בהוראות המיוחדות בחוק המאבק בטרור בכל הנוגע לעצורים, בסוגיות המעצרים המינהליים, וכיוצא באלה. ואכן, בית המשפט העליון פסל אחד מההסדרים האלה בשל פגיעתו בזכות להליך הוגן: הוראת השעה שאפשרה דיון בהארכת מעצר של חשוד בעבירות ביטחוניות שלא בנוכחותו.⁵² מעבר לחולשת ההגנה על הזכות להליך הוגן בהליכים מסוגים אלו, יש חשש לזליגה של היחס של רשויות אכיפת החוק לזכות להליך הוגן בהליכים האלה להליכים פליליים רגילים.

אולם, גם אם נצא מהנחה סבירה שחוק היסוד לא ישנה את הדין הנוגע לעבירות ביטחון באופן דרמטי, גם בהליכים הפליליים הרגילים, העומדים במוקד ההצעה לסדר, מעמד הזכות להליך הוגן לא תמיד זוכה להגנה מספקת, במיוחד מצד המשטרה, התביעה ובתי המשפט, ולא פעם ניכר פער בין החוק-על-יסוד לבין יישומו של החוק בפועל. לחוק יסוד עשויה להיות השפעה חיובית על צמצום הפער הזה, בין היתר באמצעות תפקידו החינוכי כלפי רשויות השלטון ומערכת אכיפת החוק. להלן, לשם ההדגמה, כמה סוגיות שבהן התגלה שמערכת המשפט הפלילי הישראלית חלשה:

52 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (אתר בית המשפט העליון, 11.2.2010). אחרי פסק הדין חוקן החוק ברוח עמדה שופטת המיעוט. למדרון החלקלק המביא לחולשת ההגנה של בית המשפט על הזכות להליך הוגן בהליכים האלה, ראו Kremnitzer & Saba, Habesch, לעיל ה"ש 48.

- (1) האצבע הקלה מדי על ההדק בתחום המעצרים הפליליים, לעיתים בסתירה ללשונו הברורה של החוק, פוגעת בהוגנות ההליכים הפליליים;⁵³
- (2) אופן חקירת חשודים אינו מגן די הצורך על זכויות החשודים (ראו, לדוגמה, את ההצעות של ועדת סדר הדין הפלילי להרחבת חובת ההיוועצות, להרחבת חובת התייעוד של חקירות ולתייעוד של ויתור על זכות ההיוועצות;⁵⁴ וכן את הצעות "ועדת דנציגר" בנוגע לתרגילי חקירה, מדובבים, וכד'⁵⁵);
- (3) הסתמכות יתר על הודאות משפיעה לרעה על ההליך ועלולה לייצר הרשעות שווא;⁵⁶
- (4) סוגיית פסילת הראיות שהושגו שלא כדין;⁵⁷
- (5) פגמים במבנה מערכת התביעה משפיעים גם הם על הזכות להליך הוגן (בעיות אי־תלות התביעה המשטרית).⁵⁸

53 לוריא, לעיל ה"ש 16.

54 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018.

55 הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקונן, דו"ח ביניים (2019.9.2).

56 לדוגמה, מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה בלבד – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205 (1993); בועז סנג'רו "הודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא 'קיסרית הרשעות השווא'" עלי משפט ד (2005).

57 ראו הדיון לעיל בהלכת יששכרוב והפולמוס על יישומה בשטח.

58 גיא לוריא בהשתתפות מרדכי קרמניצר איחוד התביעה המשטרית עם פרקליטות המדינה (2014).

פרק ג. הצעות קודמות

הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט נוסחה במשרד המשפטים בתקופת שר המשפטים דן מרידור, והייתה חלק מההצעה המקיפה שלו בדבר זכויות היסוד של האדם, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש

העיסוק משנת 1992 היו התוצרים הראשונים שלה. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת המשיכה לעבוד על ההצעה הזאת של משרד המשפטים ופרסמה אותה מטעמה בשנות התשעים של המאה ה-20.⁵⁹ הנוסחים שגובשו בוועדת החוקה הוגשו גם על ידי חברי הכנסת צחי הנגבי ואמנון רובינשטיין כהצעות חוק פרטיות.⁶⁰

בהמשך לכך, שתי הצעות משמעותיות שכללו את הזכויות במשפט היו הצעת חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2005,⁶¹ והצעת חוקה בהסכמה רחבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בראשות ח"כ מיכאל איתן משנת 2006.⁶² במשך השנים עלו בכנסת עוד הצעות,⁶³ אך בשל המרכזיות של המהלכים החוקתיים שבהצעות החוק האלה, נדון כאן בעיקר בהן. נוסף על כך, כחלק מדיוני הצעת חוקה בהסכמה רחבה, בשנת 2005 פרסמה הסנגוריה הציבורית הצעה משלה לנוסח של חוק יסוד: זכויות במשפט.⁶⁴ גם אליה נתייחס להלן.

59 הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 334.

60 הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, פ/993/15; הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, פ/1575/15; הצעת חוק זכויות במשפט, החש"ס-2000, פ/1531/15.

61 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה (2005).

62 ועדת חוקה, חוק ומשפט "חוקה בהסכמה רחבה" אתר הוועדה.

63 כגון הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, מטעם חבר הכנסת אליעזר זנדברג, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 13.12.1993, או הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, שהוגשה מטעם חברי הכנסת רן כהן, חיים אורון ואחרים, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 28.2.1994.

64 הסנגוריה הציבורית "הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט", אתר "חוקה בהסכמה רחבה" של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

אם מסדרים את ההצעות השונות מהנוסח הרזה ביותר לנוסח העבה ביותר, אזי הצעת משרד המשפטים היא הרזה ביותר, אחר כך חוקה בהסכמה, חוקה בהסכמה רחבה, נוסחים חלופיים רחבים יותר של חוקה בהסכמה רחבה, והצעת הסנגוריה היא ה"עבה" ביותר. בהתאם לכך, הצעת הסנגוריה היא גם היחידה שלא כללה נוסח של פסקת הגבלה במתכונת של חוקי היסוד של שנת 1992 (על פסקאות הגבלה באמנות בינלאומיות ובחוקות של מדינות אחרות, ראו להלן פרק ד).

סיכום חלק מהצעות הנוסח בעבר

להלן ריכזנו הוראות שהופיעו בכמה הצעות לחוקי-יסוד: זכויות במשפט, כדי להמחיש את החלופות השונות להוראות המרכזיות של הצעת חוק יסוד זו.

כשרות משפטית [מקור הנוסח: משרד המשפטים/ועדת חוקה]

כל אדם כשר לזכויות, לחיובים ולפעולות משפטיות. [לא נכלל בחוקה בהסכמה, וגם לא בהצעת חוקה בהסכמה רחבה, "משום שבפועל יש בני אדם לא כשירים", כגון קטינים ופסולי דין.]

זכות לפנות לרשויות שיפוטיות [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה ומשרד המשפטים]

לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות. [רובינשטיין והנגבי – "...] לשם הגנה על זכויותיו"; חוקה בהסכמה רחבה: "...] לבית משפט לשם מימוש הזכויות הנתונות לו בחוקה/ומכוח כל דין". בהצעת חוקה בהסכמה הופיעה רק הרישא, ואילו הסיפא הזאת לא נכללה, מתוך תפיסה שהלכה למעשה יש לא מעט פניות לבית המשפט בטענה של אי-חוקיות או הפרת החוק, ובהן אין הפונה בגדר נפגע המגן על זכויותיו שלו עצמו.]

זכות למשפט/הליך הוגן [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה]

לכל אדם הזכות להליך משפטי הוגן. [הצעה של הנשיא (בדימוס) שמגר במהלך דיוני חוקה בהסכמה, שלא התקבלה: "...] שיערך בפני בעל סמכות שפיטה, בפומבי, ועד כמה שניתן ללא השהייה". [משרד המשפטים/ועדת חוקה – "א) לכל אדם שהואשם בפלילים זכות למשפט הוגן. (ב) אין מפעילים סמכות חוקית הנוגעת לזכויותיו של אדם אלא בהליך הוגן; ללא משוא פנים וללא שיקולים שאינם לעניין"] [חוקה בהסכמה רחבה – "...] ובכלל זה יונהל ללא משוא פנים ועיוני דין, יהיה מובן ויסייתים בהחלטה מנומקת. (ב) לכל אדם שמתנהל נגדו הליך שיפוטי שבו עשויה להישלל חירותו במעצר, במאסר או בדרך אחרת, (גרסה נוספת: ולבעל דין בכל הליך שיפוטי אחר שעלול לפגוע מגיעה ניכרת בזכות מזכויות היסוד שלו), שאינו מבין די עברית להבנת ההליך, הזכות לעזרת מתורגמן, במימון אוצר המדינה, אם אין ידו משגת לממנה בעצמו".]

זכות לייצוג [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה]

לכל אדם הזכות לייצוג משפטי על פי בחירתו; המדינה תעמיד לאדם ייצוג משפטי במקרים ובתנאים שייקבעו בחוק. [חוקה בהסכמה רחבה: "א) לכל אדם החופש להיות מיוצג (גרסה ב': בידי עורך דין) לפי בחירתו, בכל הליך (גרסה ב': שיפוטי) שהוא צד לו, ולקבל ייעוץ משפטי (גרסה ב': להיוועץ בעורך דין) בכל ענין הנוגע לו. (ב) לכל אדם הזכות לייצוג משפטי (גרסה ב': הולם) במימון אוצר המדינה בהליך פלילי (גרסה ג': ובהליך שיפוטי אחר שהוא צד לו ושעלול להוביל לפגיעה ניכרת בזכות מזכויות היסוד שלו), והכל אם אין ידו משגת לממן את הייצוג בעצמו".]

זכות להתגונן מפני אשמה [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה]

לכל אדם הזכות להתגונן מפני אשמה שהוטלה בו. [תת זכות של הזכות להליך הוגן; לא מופיעה בהצעות משרד המשפטים/חוקה בהסכמה רחבה. הצעת יצחק הנס קלינגהופר⁶⁵: "...] והזכות שלא יאולץ להעיד נגד עצמו או להודות באשמה".]

חזקת החפות [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה ומשרד המשפטים]

כל אדם בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין. [חוקה בהסכמה רחבה: "...] כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית".]

הוכחה מעבר לספק סביר [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה]

לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה מעבר לספק סביר [חוקה בהסכמה רחבה: יחד עם חזקת החפות, "כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית על יסוד הוכחה שמעבר לספק סביר".]

סיכון כפול [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה]

אין להרשיע או להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבגינו הורשע או זוכה בעבר.

עקרון החוקיות [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה ומשרד המשפטים]

[חוקה בהסכמה: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו;"] אין אדם חייב בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק בשעת המעשה או המחדל [חוקה בהסכמה רחבה: "אם בשעת התרחשותם לא היו אסורים לפי חוק/לפי דין ברור ומפורש"], ואין עונשין אדם בעונש חמור מזה שהיה צפוי לו לפי החוק בעת ביצוע העבירה. [משרד המשפטים: "...] ואולם אין רואים בשערך סכומי קנסות – החמרה בעונש".]

זכויות העציר [מקור הנוסח: חוקה בהסכמה ומשרד המשפטים]

(א) לכל אדם שנעצר הזכות לאלה: שיודיעוהו עם ביצוע המעצר את עילת המעצר; שתימסר מוקדם ככל האפשר הודעה על המעצר לאדם הקרוב אליו; שייפגש ללא דיחוי בלתי סביר עם עורך דין לפי בחירתו וייתיעץ עמו; שיודיעוהו על זכויות אלו;

(ב) אדם שנעצר בשל חשד לביצוע עבירה זכאי להיות מובא בפני רשות שיפוטית לבחינת מעצרו מוקדם ככל האפשר [משרד המשפטים: "ללא דיחוי"];]

[חוקה בהסכמה: "ג) מאסר או מעצר של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל שאר זכויותיו." / חוקה בהסכמה רחבה: "שינהגו בו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על גופו, כבודו וזכויותיו".]

פגיעה בזכויות [מקור הנוסח: ועדת חוקה/משרד המשפטים]

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק או על-פי הסמכה מפורשת בחוק, ההולמים את ערכיה של מדינת ישראל, שנועדו לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש [נוסח ההוראה המקבילה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שונה במקצת.⁶⁶]

שימוש לרעה בזכויות [מקור הנוסח: משרד המשפטים/ועדת חוקה]

אין לעשות שימוש בזכות מהזכויות שלפי חוק-יסוד זה שיש בו משום פגיעה בקיום המדינה או במשטר הדמוקרטי, או שיש בו כדי לכא זכויות אדם.

יציבות החוק [מקור הנוסח: משרד המשפטים/ועדת חוקה]

אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; אולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, אם מצב החירום מחייב זאת, ובלבד (1) שהשלילה או ההגבלה יהיו הולמות מדינה דמוקרטית הנמצאת במצב חירום, וכן – (2) שהשלילה או ההגבלה יהיו לתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נוסח הסיפא הוא: "...] ואלם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, 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".]

66 "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".

הוראות מעבר [מקור הנוסח: משרד המשפטים/ועדת החוקה]

הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק־יסוד זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו, יעמדו בתקפן עד תום חמש שנים מיום תחילתו של חוק־יסוד זה, אם לא בוטלו או תוקנו קודם לכן; ואולם פירושן של הוראות כאמור ייעשה ברוח הוראות חוק־יסוד זה.

נוקשות החוק [מקור הנוסח: משרד המשפטים/ועדת חוקה]

אין לשנות חוק־יסוד זה אלא על ידי תיקונו במפורש או על ידי תיקון בחוק־יסוד אחר שנאמר בו שתקפו הוא על אף האמור בחוק־יסוד זה, שנתקבלו במליאת הכנסת ברוב של חברי הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית; לענין זה, "שינוי" – למעט הוראה הבאה להוסיף על זכויות היסוד המנויות בחוק־יסוד זה. [נוסח ההוראה המקבילה בחוק־יסוד: חופש העיסוק: "אין לשנות חוק־יסוד זה אלא בחוק־יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".]

לוח 1

עיקרי ההצעות הקודמות לחוק

הסנגוריה הציבורית	חוקה בהסכמה רחבה ב'	חוקה בהסכמה רחבה א'	חוקה בהסכמה	משרד המשפטים וועדת חוקה	
				X	כשרות משפטית
X	X	X	X	X	זכות פנייה לערכאות
X	X	X	X		זכות לייצוג
X	X	X	X	X	חזקת זכאי
X	X		X		ספק סביר
X			X		סיכון כפול



הסנגוריה הציבורית	חוקה בהסכמה רחבה ב'	חוקה בהסכמה רחבה א'	חוקה בהסכמה	משרד המשפטים וועדת חוקה	
X					פירוט זכויות (בחקירה (בכבוד, ...)
X	X	X	X	X	זכויות עציר
X	X	X	X	X	אין עונשין אלא אם כן מזהירין
X	X	X	X	X	זכות למשפט הוגן
X	X			X	הליך ללא משוא פנים
X					הליך פומבי
X	X				הליך ללא עינוי דין, מובן, עם החלטה מנומקת
X					נוכחות במשפט
X	X				זכות למתורגמן
X					זכות שתיקה וחיסיון מפני הפללה עצמית
X					עצמאות החביעה ומבחן הגשת כתב האישום
X	X	X			זכות ערעור
X			X		זכות להתגונן מפני אשמה
X					פירוט הזכות להתגונן מפני אשמה (טיעון, חקירה נגדית)



הסנגוריה הציבורית	חוקה בהסכמה רחבה ב'	חוקה בהסכמה רחבה א'	חוקה בהסכמה	משרד המשפטים וועדת חוקה	
X					זכות בפני חיפוש והפיסה
			X		איסור עונש מוות ואיסור עינויים
X	X	X			איסור ענישה אכזרית
X					כבוד במאסר, אמצעי טיפול וזכות לשיקום
	X	X	X	X	פסקת הגבלה רגילה
				X	שימוש לרעה בזכויות
			X	X	יציבות אל מול תקש"ח - מידתיות
			X	X	הוראות מעבר לגבי חוקים קיימים
			X	X	נוקשות חוק היסוד

כפי שעולה מדברים אלו, כאמור לעיל, ההצעות מובחנות זו מזו ברמת הפירוט של הזכויות, מהמפורטת ביותר (הצעת הסנגוריה) לכללית ביותר (הצעת משרד המשפטים). ניכר שבכולן הוצעו כמה עקרונות (כגון הזכות להליך הוגן, זכות פניה לערכאות), וכן בכולן הוצעו כמה כללים מפורטים (כגון זכויות העציר) במסגרת ההליך הפלילי. לא מצאנו דוגמה לפסקת הגבלה החורגת מנוסח פסקת ההגבלה הרגילה בדיון החוקתי בישראל.

פרק ז. מבט משווה

בדרך כלל מדינות מסדירות את הזכות להליך הוגן בחוקה. בחוקות למיניהן הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת לזכויות מהותיות רבות נוספות (כגון הזכות לפרטיות וחופש החזים בארצות הברית),⁶⁷ אך בסקירה זו נתייחס לזכות

להליך הוגן במובנה ההליכי, קרי לאופן שבו הזכות נועדה להבטיח פרוצדורה מוצדקת ומידתית, מתוך שמירה על זכויות בעלי הדין, החשוד והנאשם. ככלל אפשר לומר כי אפילו לפני גל החוקות של אמצע שנות התשעים של המאה ה־20 (שהתאפיין במסמכים חוקתיים מפורטים למדי בכל הנוגע לזכות להליך הוגן וזכויות במשפט), חוקות נטו להיות מפורטות במיוחד. חוקות מפורטות עשויות לכלול לא רק את הזכות הכללית להליך הוגן, אלא לפרט את הזכות להליך פומבי ומהיר, לייצוג, למתורגמן אם יש צורך בכך, את הזכויות במעצר, כגון הזכות לעמוד לפני שופט בתוך זמן מוגדר לאחר המעצר (כגון 48 שעות בחוקת דרום אפריקה), את הזכות מפני סיכון כפול, את הזכות לחקור עדים, ועוד. חלק זה יציג כמה דוגמאות מייצגות של חוקות של מדינות שהעיסוק בהן במשפט החוקתי ההשוואתי בהקשר של הליך הוגן בולט גם הוא. החוקות האלה מייצגות מגוון של שיטות משפט מהעולם האנגלו־אמריקאי, הקונטיננטלי והחוקות החדשות יחסית. עם זאת, נציין כי זו הצגה של ההגנה החוקתית ה"פורמלית", קרי, של המסמך הכתוב, וכדי להגיע למיצוי השאלה אם הזכויות גם מיושמות בשטח, דרוש ניתוח נוסף. אך בכך אין כדי לשנות את העובדה שהסטנדרט החוקתי של עיגון זכויות במשפט שיעלה מהסקירה הוא גבוה בהרבה מהמקובל בישראל. נוסף על כך, נסקור בפרק זה מדינות ובתי משפט בעולם שקבעו כללים שהם ראו בהם ליבה שאין לפגוע בה של הזכות להליך הוגן.

67 יוער כי בתי משפט חוקתיים בעולם עשו שימוש בזכות להליך הוגן כדי להגן על זכויות שונות שאינן מפורטות בחוקה. לדוגמה, בית המשפט העליון בארצות הברית החזיר לגדרי הזכות להליך הוגן רובד מהותי, ועשה שימוש בהליך ההוגן (due process) כמושג שסחם להגנה על זכויות שאינן מוגנות בחוקה. למשל, בית המשפט העליון האמריקאי מצא כי הזכות להליך הוגן כוללת את הזכות לפרטיות (בפס"ד Roe v. Wade) ואת חופש החזים (בפס"ד Lochner v. New York). ראו Erwin Chemerinsky, *Substantive Due Process*, 15 *Touro L. Rev.* 1501 (1999).

החוקה האמריקאית היא החוקה העתיקה ביותר הנסקרת כאן. מדובר בחוקה נוקשה המסדירה את ההליך ההוגן בכמה הקשרים. כך, התיקון הרביעי לחוקה אוסר על חיפוש לא סביר בביתו של אדם ובגופו. התיקון החמישי לחוקה קובע כי אדם לא יורשע פעמיים בשל אותה העבירה, לא יאלץ להעיד במשפט פלילי נגד עצמו, לא ישללו ממנו חייו, חירותו או קניינו ללא הליך הוגן, ולא יילקח קניינו הפרטי לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. לפי התיקון השישי לחוקה, בכל הליך פלילי תהא לנאשם הזכות להליך מהיר ופומבי על ידי חבר מושבעים חסר פניות, וכן הזכות לקבל מידע על מהות האישום וגורמיו, להתעמת עם העדים נגדו, לחייב עדים להופיע בעדו ולהסתייע בעורך דין לשם הגנתו. התיקון השביעי לחוקה קובע כי בתביעות שבהן ערך הרכוש השנוי במחלוקת עולה על 20 דולרים, קיימת הזכות למשפט על ידי חבר מושבעים, וכל עובדה שנדונה על ידי חבר מושבעים, לא תשוב ותידון בשום בית משפט בארצות הברית, אלא לפי כללי המשפט המקובל. התיקון השמיני אוסר על הטלת ערבות מוגזמת או קנסות מופרזים, וכן על השתת עונש אכזרי. לבסוף, התיקון הארבעה-עשר לחוקה קובע כי שום מדינה לא תשלול מאדם את חייו, את חירותו או את קניינו ללא הליך הוגן, ולא תשלול משום אדם הגנה שווה של החוק.

התיקון החמישי והתיקון הארבעה-עשר, הקובעים את הזכות להליך הוגן (due process of law), משקפים ערכים בסיסיים של מנסחי החוקה, מעין "ערכים מלכותיים" שנועדו להשתמר לאורך הדורות.⁶⁸ הזכות להליך הוגן משקפת עיקרון חוקתי של הוגנות, וכן נועדה להגן מפני פעילות ממשל שרירותית או מפלה. התיקון החמישי מתייחס לפעולות ברמה הפדרלית, ואילו התיקון הארבעה-עשר מחיל את הזכות להליך הוגן גם ברמה המדינתית.⁶⁹

Richard B. Saphire, *Specifying Due Process Values, Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection*, 127 U. PA. L. REV. 111, 111 (1978)

Sophie Boyron & Wendy Lacey, *Procedural Fairness Generally*, in 69 ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW 259 (Mark Tushnet, Thomas Fleiner & Cheryl Saunders eds., 2012)

אמנם חוקת ארצות הברית אינה מתייחסת מפורשות לזכויותיהם של קטינים במשפט, אך בית המשפט העליון קבע כי התיקון הארבעה-עשר לחוקה חל גם על קטינים, ולכן קטינים הנשפטים בבתי משפט לקטינים זכאים לאותן הזכויות החלות על בגירים, כגון הזכות לשמוע את האישומים נגדם והזכות לעו"ד.⁷⁰

החוקה האמריקאית אינה כוללת פסקת הגבלה, ולכן, על פניו, אי אפשר לפגוע בזכויות המפורטות בחוקה. עם זאת, בפועל, בית המשפט העליון בארצות הברית מגביל זכויות בדרכים שונות (לדוגמה, באמצעות צמצום ההגדרה של הזכות; באמצעות קביעה שהזכויות הן יחסיות ויש לאזן ביניהן). ביחס לזכות להליך הוגן, בית המשפט העליון האמריקאי נוטה לערוך איזון אדי-הוק, ובמסגרתו הוא בוחן מצד אחד את מהות הזכות הנפגעת ואת מידת הסיכון שבשלילה מוטעית של הזכות במקרה הנתון, ומהצד השני את האינטרס הממשלי שבשלילת הזכות.⁷¹

בסיקה מרכזית שנועדה להגן על זכויותיהם של חשודים להליך הוגן היא הלכת **מירנדה** (*Miranda v. Arizona*).⁷² בהלכה זו משנת 1966 קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי על פי התיקון החמישי לחוקה, המגן מפני הפללה עצמית, לאדם יש הזכות לשמור על שתיקה, וזכות זו חלה גם על שלב החקירה. לפיכך נקבעה מה שלמים הוכרה כ"אזהרת מירנדה", הכוללת חמישה מרכיבים: יש להזהיר אדם כראוי כי יש לו זכות לשתוק בחקירה, וכי כל מה שיאמר עלול לשמש נגדו בבית המשפט. כמו כן, יש להבהיר לאדם כי יש לו הזכות לשכור עורך דין שיהיה נוכח בעת החקירה, וכי אם הוא אינו יכול להרשות לעצמו לשכור עורך דין

In re Gault 287 U.S. 1 (1967); Barbara Benett Woodhouse, *Listening to Children: Participation Rights of Minors in Italy and the United States*, 36 J. Soc. WELFARE & FAMILY L. 258, 363 (2014). יוער כי במעלה הדרך התברר כי לגישה זו יש גם חסרונות, שכן קטינים בארצות הברית נשפטים פעמים רבות כבגירים, על כל המשתמע מכך.

David L. Faigman, *Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice*, 78 VA. L. REV. 1521, 1572 (1992)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 72

הוא ימונה עבורו. ולבסוף, יש להבהיר לו כי הוא יכול להפסיק את החקירה בכל עת.⁷³

בית המשפט העליון פסק כי אם החשוד הבהיר כי ברצונו לשמור על זכות השתיקה או להסתייע בעורך דין, יש להפסיק את החקירה. עוד נקבע כי אם החקירה נערכת ללא נוכחות עורך דין ובמהלכה החשוד מתוודה על ביצוע העבירה, על המדינה מוטל "נטל כבד" להראות כי החשוד ויתר במודע על רצונו להסתייע בעורך דין.⁷⁴ אומנם ההלכה התקבלה ברוב דחוק של חמישה שופטים, ואומנם הקונגרס האמריקני ניסה לא פעם לבטל את ההלכה, ובכל זאת במרוצת השנים היא נהפכה לאחת ההלכות המפורסמות ביותר במשפט האמריקאי של המאה ה־20.⁷⁵

עם זאת, בשנים שלאחר כינון הלכת מירנדה צומצמו גבולותיה בכמה מקרים. כך, לדוגמה, נקבע כי אמירה "ספונטנית" של חשוד, שלא במסגרת חקירה משטרתית, קבילה גם אם החשוד לא הוזהר כנדרש, ואף אם הוא הצהיר כי ברצונו להסתייע בעורך דין.⁷⁶ בהמשך נקבע כי במקרים שבהם ביטחון הציבור בסכנה, אפשר לחקור אדם בלי להזהירו, ואף לעשות שימוש באמירותיו המפלילות.⁷⁷ בשנת 2010 צומצמה ההלכה צמצום משמעותי נוסף ובית המשפט העליון קבע כי חשוד נדרש להצהיר הצהרה שאינה משתמעת לשתי פנים כי הוא מעוניין לשמור על זכות השתיקה. במילים אחרות, חשוד נדרש להבהיר לשוטרים במילים כי ברצונו לשמור על זכות השתיקה ולא די בשתיקתו המתמשכת כדי להראות שהוא עושה שימוש בזכויותיו לפי הלכת מירנדה ולהביא להפסקת החקירה.⁷⁸ חוקרים שונים,

Lawrence S. Wrightsman & Mary L. Pitman, *THE MIRANDA RULING: ITS PAST, PRESENT AND FUTURE* 54–55 (2010) 73

74 ש.ס.

Richard A. Leo, *The Impact of Miranda Revisited*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 621 (1996) 75

Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980) 76

New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984) 77

Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370 (2010) 78

ואף חלק משופטי המיעוט בתיק, טענו כי ההלכה החדשה "הופכת את הלכת מירנדה על פיה".⁷⁹

לצד זאת, מאז כינון הלכת מירנדה מתנהל גם ויכוח אקדמי בשאלת גבולות ההלכה. יש שטענו כי ההלכה מרחיבה מדי, וכי היא מגנה על חשודים "אשמים" ומאפשרת להם לחמוק מחקירה. אחרים טענו כי ההלכה פגומה דווקא משום שהיא מאפשרת בפועל למשטרה לחקור חשודים בלא נוכחות עורך דין. כיום השיח מתמקד בכמה סוגיות, ובהן בניסיון להרחיב את ההלכה כדי שתכלול חובה כוללת לנוכחות של עורך דין במהלך כל חקירה של חשוד, וכן חובה להקליט כל חקירה משטרתית, כדי לוודא כי הלכת מירנדה אכן יושמה כראוי.⁸⁰

הצ'רטר הקנדי עוסק בהרחבה בזכות להליך הוגן. סעיף 7 לצ'רטר קובע זכות לחיים, לחירות ולביטחון, הניתנת לשלילה רק על פי עקרונות של צדק; סעיף 8 קובע איסור על חיפוש שאינו סביר; סעיף 9 קובע איסור על מעצר או מאסר שרירותיים; סעיף 10 קובע זכות לעציר או לאסיר להיוודע במהירות לסיבת המעצר; לקבל ייעוץ מעו"ד, וכן להתייצב בפני בית משפט שיבחן את חוקיות המעצר וישחררו אם המעצר אינו חוקי; סעיף 11 קובע כי כל נאשם זכאי שיודיעו לו את האישום נגדו, את זכותו לניהול הליך בתוך זמן סביר, לחיסיון מפני הפללה עצמית, לחזקת חפות, להליך פומבי והוגן בפני ערכאה בלתי תלויה, ואת ההגנה מפני ערבות מוגזמת. כן נקבע כי אין עבירה ואין עונש אלא אם כן נקבעו בחוק בעת ביצוע המעשה, וכי אם העונש הופחת ממועד ביצוע העבירה ועד מועד ההרשעה ייהנה הנאשם מהעונש המופחת. נוסף על כך, אין להרשיע אדם בשל מעשה או מחדל שבגינו הורשע או זוכה בעבר; סעיף 12 קובע איסור על ענישה אכזרית; סעיף 13 קובע חיסיון מפני הפללה עצמית; וסעיף 14 קובע זכות למתורגמן לצד או לעד. סעיף 24 קובע כי מי שזכויותיו או חירויותיו נשללו

79 שם, בעמ' 2278 *Yale Kamisar, The Rise, Decline, and Fall of Miranda*, 87 WASH. L. REV. 965 (2012)

80 ראו לדוגמה *Charles J. Ogletree, Are Confessions Really Good for the Soul?: A Proposal to Mirandize "Miranda,"* 100 HARV. L. REV. 1826 (1987); *Tonja Jacobi, Miranda 2.0*, 50 U.C. DAVIS L. REV. 1 (2016)

רשאי לפנות לבית המשפט לקבלת סעד. עוד נקבע כי ראיות שהושגו באופן המפר את אחת מהזכויות או החירויות המנויות בצ'רטר תיפסלנה אם בהינתן מכלול הנסיבות קבלתן "תפגע בשמה הטוב של מערכת הצדק" ("bring the administration of justice into disrepute").

בית המשפט העליון בקנדה פירש את סעיפי הצ'רטר הנוגעים לדין הפלילי פרשנות רחבה.⁸¹ לדוגמה, הוא פסל סעיפים בחוק המאפשרים להשית עונש מאסר על עבירות של אחריות קפידה.⁸² לנוכח זאת, חוקרים סבורים כי קנדה היא דוגמה למודל המרחיב ביותר של מימוש הזכות להליך הוגן, שכן בית המשפט מסתמך על עקרונות יסוד הנוגעים למהות דיני העונשין כדי לקבוע אם יש פגיעה בזכות להליך הוגן.⁸³

באשר לאפשרות לפסול ראיות, בפרשת *Collins* פירש בית המשפט העליון בקנדה את התנאים לפסילת ראיה על פי סעיף 24 לצ'רטר הקנדי. בפרשה זו נקבע כי פסילת ראיה תתאפשר אם קבלת הראיה תפגע בהוגנות ההליך או תיתן גושפנקה שיפוטית לפעילות בלתי חוקית של רשות מרשויות המדינה. בהקשר הזה מנה בית המשפט שלוש קבוצות שיקולים שיש להתחשב בהם כדי לקבוע אם קבלת הראיה תפגע בשמה הטוב של מערכת הצדק: הקבוצה הראשונה עניינה בהוגנות המשפט עצמו. בדרך כלל כאשר הראייה תפגע בהוגנות המשפט היא תפגע גם בשמה הטוב של מערכת הצדק ולכן יהיה ראוי לפסול אותה; הקבוצה השנייה נוגעת לחומרת ההפרה מצד גורמי החוק, קרי אם מדובר בהפרה מהותית או טכנית, ואם ההפרה הייתה מכוונת או נעשתה בתום לב. קבוצת השיקולים השלישית מתמקדת בהשלכות של פסילת הראיה על שמה הטוב של מערכת

Bruce Archibald, *The Constitutionalization of the General Part of Criminal Law*, 67 CAN. BAR REV. 403 (1988) 81

Reference re: Section 94(2) of Motor Vehicle Act (1985), 23 C.C.C. (3d) 289, 48 C.R. (3d) 289, [1985] 2 S.C.R. 486 82

Victor Ramraj, *Four Models of Due Process*, 23 INT'L J. CONST. L. 492, 502-503 (2004) 83

הצדק. כך, לדוגמה, בית המשפט קבע כי שמה הטוב של מערכת הצדק ייפגע על ידי פסילת ראייה החיונית לביסוס האשמה בשל הפרה פעוטה של הצ'רטר.⁸⁴

הזכויות המנויות בצ'רטר אינן מוחלטות, אך כל הגבלה של זכויות חייבת לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה שבסעיף 1 של הצ'רטר. סעיף זה קובע כי פגיעה בזכויות ובחירויות יכולה להיעשות רק באופן סביר באמצעות חוק המתאים למדינה חופשית ודמוקרטית. אומנם סעיף 1 לצ'רטר אינו כולל דרישה מפורשת למידתיות, אך בית המשפט העליון הקנדי קרא לתוך פסקת ההגבלה דרישה למידתיות, דרישה דומה למבחן הנהוג בישראל.⁸⁵

החוקה הדרום-אפריקאית עוסקת גם היא בהרחבה בזכות להליך הוגן. סעיפים 33 ו-34 קובעים את עקרונות הזכות: סעיף 33 לחוקה קובע זכות כללית ל"פעולות מינהליות הוגנות", הכוללת, בין היתר, זכות שהפעולה המינהלית תהיה חוקית, סבירה והוגנת מבחינה פרוצדורלית. עוד נקבע כי למי שהושפע מפעולה מינהלית יש זכות לקבל בכתב את הסיבות לפעולה המינהלית. סעיף 34 קובע זכות גישה לערכאות, וכן זכות להליך משפטי הוגן ופומבי.

סעיף 35 פורט את מרכיבי הזכות להליך הוגן. כך, נקבע בו כי לכל עציר עומדת זכות השתיקה, הכוללת את הזכות להיוודע לקיום הזכות ולתוצאות השימוש בה; חיסיון מפני הפללה עצמית; הזכות להתייצב בבית משפט בתוך זמן סביר ולא יאוחר מ-48 שעות מעת המעצר; בעת ההתייצבות הראשונה בבית המשפט יש לעציר הזכות לשמוע את עילת המעצר, להיות מואשם או להשתחרר ממעצר. נוסף על כך, לכל עציר יש זכות להיוועץ בעו"ד, כולל הזכות למינוי עו"ד במימון המדינה אם ידו אינה משגת; הזכות לתקוף בבית המשפט את חוקיות המעצר; זכות לתנאי מעצר נאותים; זכות לביקורים; זכות להליך הוגן הכוללת זכות ליידוע

84 R. v. Collins [1987] 1 S.C.R. 265; מרין וקיטאי סנג'רו, לעיל ה"ש 28, בעמ' 466-465.

85 R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103; מישל נגר "מידתיות במשפט הקנדי" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 226, 237-238 (מרדכי קרמניצר עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2016).

על העבירה ומתן מידע מספק כדי להשיב לעבירה, מתן זמן ותנאים מספקים להכין הגנה, זכות לקיום הליך פומבי שיתנהל ללא עיכוב, זכות להיות נוכח בעת ההליך. נוסף על כך, לכל עציר עומדת חזקת חפות, וכן הזכות לקיים חקירה נגדית, לקיום ההליך בשפה שהוא מבין או למינוי מתורגמן. עוד נקבע כי אדם לא יורשע בגין מעשה או מחדל שלא היו עבירה בשעת המעשה או המחדל, וכן כי אין להרשיע אדם על מעשה או מחדל שבגינו הורשע או זוכה בעבר, וכי אדם יקבל את העונש החמור פחות, אם שונה העונש בין מועד ביצוע העבירה למועד ההרשעה. כן נקבעה זכות ערעור, ונקבע כי ראיות שהושגו באופן המפר את אחת הזכויות המנויות במגילת הזכויות תיפסלנה אם קבלתן תהפוך את המשפט לבלתי הוגן.

לצד זאת, סעיף 28 לחוקה מוקדש להגנה על זכויותיהם של קטינים במשפט. כך, נקבע כי לכל קטין יש הזכות שלא להיות מוחזק במעצר, אלא כמוצא אחרון, ובמקרה כזה יש להחזיקו במעצר רק לזמן ההכרחי הקצר ביותר. נוסף על כך, לקטין יש הזכות לשהות בנפרד מעצירים בגירים, וכן להיות מוחזק בתנאים המביאים בחשבון את גילו.

החוקה הדרום-אפריקאית כוללת פסקת הגבלה בסעיף 36. לפי פסקת ההגבלה החוקתית, ובדומה לפסקת ההגבלה הישראלית והקנדית, אפשר לפגוע בזכות המנויה בחוקה רק בהתאם לחוק, וישנה דרישה שהפגיעה תהיה סבירה וניתנת להצדקה בחברה דמוקרטית ופתוחה המבוססת על כבוד אנושי, שוויון וחירות. נוסף על כך, פסקת ההגבלה בסעיף 36 מונה רשימה של תנאים לבחינת סבירות הפגיעה: טבעה של הזכות; חשיבות התכלית; היקף ההגבלה וטבעה; התאמת האמצעי לתכלית, והאמצעי שפגיעתו פחותה.⁸⁶

חוקת פולין קובעת בסעיף 40 איסור על עינויים ועל השתת עונש מוות. סעיף 41 קובע כי כל הגבלה של הזכות לחירות אפשרית רק בהתאם לעקרונות ולנהלים הקבועים בחוק. כן נקבע כי בהיעדר גזר דין, שלילת חירות נתונה לערעור לבית משפט, הנדרש להחליט מיד על חוקיות שלילת החירות. יש לעדכן מייד את

86 להרחבה על פסקת ההגבלה בחוקה הדרום-אפריקאית ועל דרישת המידתיות בה, ראו רועי ששון "המידתיות החוקמית בדרום אפריקה" שם, בעמ' 346, 360-383.

משפחתו של מי שחירותו נשללה בדבר שלילת החירות, וכן יש ליידע מייד עצירים על סיבת מעצרם. העציר יובא לפני בית משפט בתוך 48 שעות, ובהיעדר צו בית משפט המורה על המשך המעצר ועל האישום – יש לשחרר את העציר. עוד נקבע כי יש לנהוג באנושיות בכל העצירים, וכי מי שנעצר שלא כדין זכאי לפיצוי.

סעיף 42 לחוקה קובע כי רק אדם שביצע מעשה האסור על פי החוק בעת ביצוע העבירה יועמד למשפט פלילי. כל נאשם זכאי להגנה בכל שלבי ההליך, ובמיוחד הוא זכאי לבחור את עו"ד שייצגו. עוד נקבעה בסעיף חזקת חפות העומדת לחשוד או לנאשם עד מתן פסק דין סופי. סעיף 43 קובע כי אין התיישנות על פשעי מלחמה ועל פשעים נגד האנושות. סעיף 44 קובע כי התיישנות של מעשים שנעשו לפי הוראת גורמים רשמיים ושלא נפתחו בגינם הליכים פליליים בשל סיבות פוליטיות תוארך לתקופת הזמן שבה התקיימו אותן הנסיבות. סעיף 45 קובע זכות להליך הוגן ופומבי, ללא דיחוי, בפני בית משפט כשיר, חסר פניות ועצמאי. ניתן לקיים משפט שלא בפומבי בשל טעמי מוסר, ביטחון לאומי, סדר ציבורי, הגנה על החיים הפרטיים של צד להליך, או אינטרס פרטי חשוב אחר. פסקי דין יהיו פומביים.

סעיף 31 לחוק קובע פסקת הגבלה, שלפיה ניתן להגביל זכויות חוקתיות רק בחוק, ורק אם הדבר נדרש במדינה דמוקרטית לשם הגנה על הביטחון או על הסדר הציבורי, כדי להגן על הסביבה, על הבריאות או על ערכים ציבוריים, או על זכויות וחירויות של פרטים אחרים. לצד זאת, נקבע כי ההגבלה אינה יכולה לפגוע ב"ליבת" הזכות.

חוק היסוד של גרמניה מתייחס לזכות להליך הוגן בשני סעיפים נפרדים. סעיף 103, שכותרתו "הליך הוגן", קובע כי בכל בתי המשפט זכאי אדם לשימוע בהתאם לחוק; כי אפשר להעניש רק בגין מעשים שהיו בגדר עבירה פלילית בעת ביצועם; וכי אין להעניש אדם על אותו המעשה יותר מפעם אחת. סעיף 104, שכותרתו "שלילת חירות", קובע כי אפשר להגביל את חירותו של אדם רק בהתאם לחוק, וכי אין להפעיל התעללות פיזית או מנטלית כלפי עצירים. כן נקבע כי רק שופט רשאי להורות על החוקיות של שלילת חירות ועל הארכת שלילת החירות. אם שלילת החירות אינה מתבססת על צו שיפוטי, יש לדאוג שיינתן צו כזה ללא דיחוי.

ניתן להחזיק אדם במעצר ללא שלילת חירות רק עד סוף היום שלאחר ביצוע המעצר. יש להביא אדם שנעצר בחשד לביצוע עבירה בפני שופט עד ליום שלאחר מעצרו, והשופט יידע אותו על סיבת המעצר ויאפשר לו להתנגד למעצר. השופט יוציא ללא דיחוי צו מעצר כתוב המונה את הסיבות למעצר, או שורה על שחרור העציר. יש ליידע את קרובי משפחתו של העציר במעצרו ללא דיחוי.

ככלל, זכויות היסוד מוסדרות בפרק 1 ("זכויות היסוד", סעיפים 1-19) של חוק היסוד הגרמני. עם זאת, נקבע כי גם סעיפים 103-104 לעיל, שעיקרם בהבטחת הזכות להליך הוגן, הם זכויות יסוד בגרמניה.⁸⁷ לכמה מהזכויות בחוק היסוד מוצמדות פסקאות הגבלה ספציפיות. לדוגמה, סעיף 104, העוסק בשלילת חירות, קובע כי ניתן להגביל את חירותו של אדם רק בהתאם לחוק. נוסף על הגבלת הזכויות בהתאם למנוי בכל סעיף, פיתח בית המשפט החוקתי של גרמניה דוקטרינה להגבלה של זכויות יסוד, שבמסגרתה ניתן להגביל זכויות יסוד באמצעות זכויות יסוד אחרות או באמצעות נורמות חוקתיות. עם זאת, על פי סעיף 19.2 לחוק היסוד, חל איסור על פגיעה ב"מהות הזכות".⁸⁸ דוקטרינה זו, וכן האיסור לפגוע ב"מהות הזכות", חלים גם על הזכות להליך הוגן.⁸⁹

החוקה האיטלקית עוסקת גם היא בזכות להליך הוגן בכמה סעיפים. סעיף 13 לחוקה קובע כי ניתן לעצור אדם רק בהתאם להחלטה שיפוטית, אלא אם כן מתקיימות נסיבות חריגות או בתנאים של צורך ודחיפות הקבועים בחוק. במקרים חריגים אלו יש להביא את העציר בפני בית משפט בתוך 48 שעות. יש להעניש בגין מעשי אלימות פיזיים או אחרים נגד עצירים. סעיף 24 לחוקה קובע כי הזכות להגנה לכל אורך ההליך משפטי היא זכות שאינה ניתנת לשלילה (inviolable),

Jürgen Bröhmer, *Introduction to German Constitutional Law and the Doctrine of Basic Rights, in 70 YEARS GERMAN BASIC LAW: THE GERMAN CONSTITUTION AND ITS COURT* 71, 85 (Jürgen Bröhmer, Gisela Elsner, Clauspeter Hill & Marc Spitzkatz eds., 2019) 87

Benjamin J. Goold, Liora Lazarus & Gabriel Swiney, *Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance* 11 (Ministry of Justice Research Series 10/07, September 2007) 88

וכי חסרי אמצעים יהיו זכאים למשאבים למימון הגנתם המשפטית. החוק יקבע את התנאים לפיצוי במקרה של טעות שיפוטית. סעיף 25 קובע כי עונשים יוטלו רק בהתאם לחוק שהיה קיים בעת ביצוע העבירה. סעיף 27 קובע את חקת החפות וכן איסור על הטלת עונש לא אנושי, כולל איסור על הטלת עונש מוות.

סעיף 111 לחוקה קובע שהליכים משפטיים יתקיימו באופן אדוורסרי, שהצדדים זכאים לתנאים שווים בפני שופט בלתי תלוי, ולקיום הליך משפטי בתוך זמן סביר. בהליך פלילי יש ליידע את הנאשם ללא דיחוי על מהות האישום, ויש לספק לו זמן סביר להכין את הגנתו. לנאשם הזכות לחקור את העדים בחקירה נגדית, ולזמן עדים באותם תנאים הניתנים לתביעה. לנאשם הזכות להסתייע במתורגמן אם הוא אינו מבין או מדבר את השפה שבה נערך ההליך המשפטי. בהליך פלילי אִי־אפשר לבסס את אשמתו של הנאשם על עדויות של עדים שסירבו להיחקר חקירה נגדית על ידי הנאשם או סנגורו. על כל החלטה משפטית להכיל נימוקים להכרעה. כן נקבעה הזכות לערעור. החוקה האיטלקית אינה קובעת פסקת הגבלה או מנגנון אחר לצמצום תחולתן של הזכויות המנויות בחוקה. עם זאת, המחוקק באיטליה הגביל בעבר זכויות יסוד בשל אילוצים שונים, בדגש על שיקולי ביטחון.⁹⁰

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), המחייבת את ישראל, מתייחסת אף היא בהרחבה לזכות להליך הוגן. סעיף 9 לאמנה עוסק בשלילת חירות וקובע כי לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהיה אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים; לא תישלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק; אדם שנעצר יודיעוהו, בעת מעצרו, על הנימוקים למעצרו, וכן יודיעוהו ללא דיחוי על כל אשמה המועלית נגדו; אדם שנעצר או נאסר בשל האשמה בעבירה פלילית יובא מייד בפני שופט, או בפני נושא משרה אחר שהוסמך כחוק להפעיל סמכות שיפוטית, ויש לשופטו בתוך פרק זמן סביר או לשחררו. לא יהא מקובל שאדם המצפה למשפט יוחזק במשמורת, אך ניתן להתנות את שחרורו של האדם בערובות להופיע להליכים

המשפטיים, ובמקרה הצורך, לבצע את פסק הדין; אדם שחירותו נשללה באמצעות מאסר או מעצר יהיה זכאי לנקוט הליכים בבית משפט כדי שבית משפט זה יוכל ללא דיחוי, להחליט, בדבר חוקיות מעצרו ולצוות על שחרורו, אם המעצר אינו חוקי; אדם שהיה קורבן למאסר או למעצר בלתי חוקיים תהיה לו זכות לפיצויים הניתנת להוצאה לפועל.

סעיף 14 קובע את הזכות למשפט הוגן. סעיף זה מציין כי הכול שווים לפני בית המשפט ובתי הדין,⁹¹ כל אדם זכאי שטיעונו יישמע כראוי, בפומבי, בבית משפט מוסמך, בלתי תלוי וחסר פניות, שהוקם לפי החוק, ויחליט בין בדבר כל אשמה בעלת אופי פלילי נגדו, בין בדבר זכויותיו וחובותיו בתובענה אזרחית. ניתן להחליט כי המשפט, כולו או מקצתו, יתנהל בדלתיים סגורות מטעמי מוסר, סדר ציבורי (תקנת הציבור) או ביטחון לאומי בחברה דמוקרטית, אם טובת חיהם הפרטיים של בעלי הדין תובעת זאת, או אם לדעת בית המשפט נחוץ הדבר בהחלט, משום שבשל נסיבותיו המיוחדות של המשפט תפגע הפומביות בעניין הצדק. אף על פי כן כל פסק דין שיוצא במשפט פלילי או אזרחי יפורסם ברבים, למעט אם טובתו של קטין תובעת כי ייעשה אחרת, או במקום שהמשפט נסב על סכסוכים בענייני אישות או על אפוטרופסות על ילדים. כל אדם שהואשם בעבירה פלילית יוחזק חף מפשע עד שתוכח אשמתו כדן. כל אדם שהואשם בעבירה פלילית זכאי, מתוך שוויון גמור, לערבויות מינימום, כגון הודעה על מהות ועילת האישום; להעמדה לדין בלא השהייה יתרה; לייצוג; לחקירת העדים שכנגדו ושלא להעיד נגד עצמו,⁹² ולסיוע של מתורגמן. במשפט של צעירים יביאו סדרי הדין בחשבון את גילם ואת רציות שיקומם. לכל אדם שהורשע בעבירה עומדת הזכות שחיובו בדין ופסק דינו ייבחנו מחדש בבית דין גבוה יותר, בהתאם לחוק.

91 יצוין כי סעיף 15 לאמנה לביעור כל הצורות של אפליה נגד נשים מעגן את זכותן של נשים לשוויון בפני החוק. עוד יצוין כי סעיף 5 לאמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית קובע את חובת המדינות לאסור על אפליה גזעית ומעגן את זכותן של כל אדם, בלא הבדל גזע, צבע או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, ובין היתר ליחס שווה בפני בחי המשפט.

92 יצוין כי בסעיף 15 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים נקבעה חובת המדינות להבטיח כי הצהרה שהוכח כי נעשתה בלחץ עינויים לא תועלה כראיה בהליכים כלשהם.

מקום שהרשעה פלילית סופית בוטלה לאחר מכן, או מקום שהענקה חנינה מחמת שעובדה חדשה מוכיחה כי נעשתה טעות שיפוטית, האדם שנענש בשל הרשעה זו יפוצה בהתאם לחוק, זולת אם הוכח כי ניתן לייחס לאדם זה את דבר אי-גילויה של העובדה שלא הייתה ידועה. כן נאסר לתבוע אדם לדין או להענישו בשל עבירה שממנה זוכה או שעליה הורשע מכבר, בפסק דין סופי, בהתאם לחוק ולסדרי הדין הפלילי של כל ארץ.

סעיף 15 לאמנה קובע כי לא יורשע אדם בשל מעשים או מחדלים שלא היו עבירה פלילית לפי המשפט הלאומי או הבינלאומי בשעת עשייתם. כן לא יוטל עונש כבד יותר מן העונש שהיה נהוג בשעה שנעברה העבירה. אם, לאחר שנעברה העבירה, ניתנה הוראה בחוק לשם הטלת עונש קל יותר, ייהנה מכך העבריין. סעיף 16 קובע כי לכל אדם הזכות שיכירו בו, בכל מקום שהוא, כאישיות בפני החוק.

כאמור לעיל, האמנה מספקת הגנה מיוחדת על זכויותיהם של קטינים במשפט, בקובעה כי סדרי הדין בהליכים משפטיים שקטינים מעורבים בהם יתחשבו בגילם של הקטינים וברציות שיקומם. ועדת זכויות האדם של האו"ם הבהירה כי קטינים זכאים לכל הפחות לאותן הזכויות שבגירים זכאים להם. נוסף על כך, בהליכים פליליים יש ליידע אותם באישומים שנגדם, ובמקרים המתאימים יש לעשות זאת באמצעות הוריהם; יש לספק להם סיוע מתאים להכנת הגנתם; יש לקיים את ההליך נגדם במהירות האפשרית ובנוכחות האפוטרופוס החוקי שלהם. כמו כן, יש להימנע ככל הניתן ממצר של קטינים לפני ההליך הפלילי ובמהלכו. עוד קבעה הוועדה כי על מדינות לפעול להקמת מערכות שיפוט נפרדות לקטינים בהליכים פליליים, ושיש להעדיף, במקרים המתאימים, לקיים הליכים שאינם פליליים – כגון הליכי גישור והליכים חינוכיים.⁹³ בהקשר זה יש להזכיר גם את הוראות סעיפים 37 ו-40 לאמנה בדבר זכויות הילד, המחייבת גם היא את ישראל. הוראות הסעיפים האלה לאמנה קובעות איסורים (בסעיף 37) על ענישה אכזרית, על שלילת חופש שלא כדון, וקובעות כיצד ייראו ההליכים

UN Human Rights Committee, *General Comment No. 32, Article 14, 93 Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32 para. 42-44

במקרה שנשללה מהילד חירותו, וכן מכירות (בסעיף 40) בזכותו של ילד שנטען כי הפר את דיני העונשין להיות מטופל באופן המתיישב עם תחושת כבודו, מתוך התחשבות בגילו ובחיוניות שילובו בחברה, ומתוך קביעת הוראות פרטניות באשר לתנאים של ההליך נגדו.

האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות עוסקת גם בזכויות נפגעי העבירה. כך, סעיף (3)2 לאמנה קובע כי מדינה שהיא צד לאמנה מתחייבת כי היא תעמיד תרופה יעילה לרשות אדם שזכויותיו וחירויותיו נפגעו. בסיוני הבהיר כי סעיף זה הרחיב את זכויותיהם של נפגעי עבירה בהליך הפלילי.⁹⁴

האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם היא מתייחסת לזכויות רלוונטיות. כך, בסעיף 12 מעוגנת באמנה הזכות לאנשים עם מוגבלויות להכרה כבני אדם בפני החוק, בעלי כשרות משפטית שווה לזו של אחרים. בסעיף 13 עוגנה זכותם של אנשים עם מוגבלויות לנגישות לצדק, בשוויון עם אחרים, לרבות מתוך התאמות בהליך והתאמות תואמות גיל. בסעיף 14 עוגנה ההגנה על חירותם של אנשים עם מוגבלויות, בשוויון עם אחרים, וזכאותם אם נשללת חירותם לטיפול בהם בהתאם למשפט הבינלאומי ולאמנה, לרבות בדרך של התאמה סבירה.

האמנה האירופית לזכויות אדם (European Convention on Human Rights) עוסקת בהרחבה בזכות להליך הוגן, בשלושה סעיפים. סעיף 5, שכותרתו "הזכות לחירות וביטחון", קובע כי לכל אדם יש זכות לחיים ולביטחון. הוא מונה את המקרים שבהם תתאפשר שלילת חירות בהתאם לדין, כגון בעת מאסר חוקי של אדם שהורשע כדין, ובעת מעצר של חשוד במקרים שבהם הדבר נדרש כדי למנוע ממנו לבצע עבירה או לחמוק ממעצר. יש ליידע את העציר בהקדם ובשפה שהוא מבין בסיבות למעצר ובכל אישום נגדו. יש להביא עציר בפני שופט בהקדם, ולעציר הזכות לנהל משפט בזמן סביר או לשחרור ממעצר. ניתן להתנות את השחרור בהופעה למשפט. כל עציר זכאי שחוקיות מעצרו תיבחן במהירות על

ידי בית המשפט, שיורה על שחרור אם המעצר אינו חוקי. כל מי שנעצר או נכלא בניגוד לחוק זכאי לפיצוי.

סעיף 6, שכותרתו "הזכות להליך הוגן", קובע כי כל אדם זכאי להליך הוגן ופומבי שיתקיים בתוך זמן סביר על ידי בית משפט בלתי תלוי שהוקם על פי חוק. פסק הדין יינתן בפומבי, אך ניתן להגביל את פומביות הדיון ממניעים של מוסר, תקנת הציבור או ביטחון לאומי, אם האינטרסים של קטינים או של הגנה על חיי הפרט של הצדדים דורשים זאת, או מכל סיבה אחרת שבית המשפט סבור כי היא דרושה במקרים מיוחדים שבהם פומביות הדיון תחתור תחת אינטרס הצדק. כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדיון. עוד נקבעה רשימה של זכויות מינימליות לנאשם: שידועוהו בהקדם, ובשפה שהוא מבין, את מהות האישום; שיינתנו לו זמן ותנאים מתאימים להכין את ההגנה שלו; להתגונן בעצמו או באמצעות עו"ד שייבחר, וכן שאם אין לו את האמצעים למימון עו"ד, המדינה תממן את השירות אם אינטרס הצדק דורש זאת; לחקור את העדים נגדו ולהביא עדים מטעמו, ולהסתייע בחינם במתורגמן במקרה הצורך.

סעיף 7, שכותרתו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבע בחוק", קובע כי אדם לא יורשע בדיון על מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק בשעת המעשה או המחדל, ושאין להטיל עונש חמור מזה שהיה צפוי לו לפי החוק בעת ביצוע העבירה. כן נקבע כי ניתן להרשיע אדם במעשה או במחדל שבעת ביצועו היה בלתי חוקי על פי העקרונות הכלליים של המשפט.

יש לציין כי הלכה למעשה בית הדין האירופי הרחיב את הזכויות הנכנסות בגדרי הזכות להליך הוגן הרבה מעבר לזכויות המצוינות במפורש באמנה. לדוגמה, נקבע כי על בית המשפט מוטלת החובה לנמק את פסק הדין.⁹⁵ עוד נקבע כי יש לספק לכל הצדדים להליך הזדמנות סבירה להציג את עמדתם בתיק. זכות זו, כך נקבע, עשויה לאפשר לנאשם, במקרים המתאימים, לערוך חקירות עצמאיות

Loukis G. Loucaides, *Questions of Fair Trial under the European Convention on Human Rights*, 3 Hum. Rts. L. Rev. 27, 37 (2003)

ולהסתייע במומחים מטעמו.⁹⁶ יוער כי בעת האחרונה פסק בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי פולין הפרה את הזכות להליך הוגן שבאמנה האירופית לזכויות אדם, בעקבות שינוי שערכה בהליכי מינוי השופטים למדור המשמעת של בית המשפט העליון הפולני. בית המשפט קבע כי שינויים אלו הובילו לכך שמדור המשמעת כבר אינו ערכאה שיפוטית בלתי תלויה, כנדרש בסעיף 6(1) לאמנה.⁹⁷

נוסף על כך, בית הדין האירופי גם קבע חובות ספציפיות ביחס להליכים פליליים המתקיימים נגד קטינים. מלבד הקביעה שקטינים זכאים לאותן ההגנות הניתנות לבגירים, נקבע כי יש להבטיח את "השתתפותם האפקטיבית" בהליכים פליליים, מתוך התחשבות בגילם ובמידת בגרותם. בהקשר הזה יש להבטיח כי הקטין יהיה נוכח בדיונים בעניינו, יש לצמצם את פומביות הדיון בעניינו, וכן יש לשאוף לצמצם את הרשמיות של הדיונים בבית המשפט.⁹⁸

בית הדין האירופי גם קרא לתוך סעיף 6 לאמנה, שדן בזכות להליך הוגן, זכויות והגנות שונות לנפגעי עבירה.⁹⁹ כך, ב-*Doorson v. the Netherlands* נקבע כי במקרים מסוימים יש לאזן בין האינטרסים של הנאשם לבין האינטרסים של נפגע עבירה המעיד במשפט.¹⁰⁰ בכמה מקרים נקבע כי ניתן לאפשר לנפגעי עבירה פגיעים (כגון ילדים ונפגעי עבירות מין) המעידים במשפט שלא להיחקר בחקירה נגדית,¹⁰¹ אפשר לקבל עדויות אנונימיות כדי להגן על הקורבנות,¹⁰²

96 שם, בעמ' 38.

97 *Reczkowicz v. Poland*, 2021 Eur. Ct. H.R. (22.7.2021)

98 European Union Agency for Fundamental Rights and the Council of Europe, *in* HANDBOOK ON EUROPEAN LAW RELATING TO THE RIGHTS OF THE CHILD, 202–203 (Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2015)

99 Marc Engelhart, *Victims and the European Convention on Human Rights*, VICTIMS & CORPORATIONS 115, 123–124 (2018)

100 ECtHR, *Doorson v. the Netherlands* [1996], para. 70

101 ECtHR, *W.S. v. Poland* [2007], para. 57

102 ECtHR, *Krasniki v. Czech Republic* [2006], para. 76

ואפשר להתיר עדויות מצולמות כדי למנוע מגע ישיר בין הנאשם לבין נפגע העבירה.¹⁰³

הגנה על מהות או ליבת הזכות להליך הוגן

כפי שצוין לעיל, כמה חוקות מסדירות מפורשות את האיסור המוחלט על פגיעה ב"מהות" או ב"ליבת" הזכות. כך, חוק היסוד של גרמניה קובע בסעיף 19.2 כי "בשום מקרה אין לפגוע במהות הזכות (the essence of a basic right)". חוקת פולין קובעת בסעיף 31(3) כי "ניתן להגביל זכויות או חירויות חוקתיות רק בהתאם לחוק, ורק כאשר הדבר נדרש במדינה דמוקרטית לשם הגנה על הביטחון או הסדר הציבורי, או כדי להגן על הסביבה, הבריאות או על ערכים ציבוריים, או על זכויות וחירויות של אחרים. הגבלות כאמור לא יכולות לפגוע במהות הזכויות והחירויות (the essence of freedoms and rights)". מעניין לציין כי החוקה הזמנית של דרום אפריקה משנת 1993 ציינה מפורשות כי אין לפגוע בליבת הזכות, אך החוקה הסופית משנת 1996 לא הזכירה עוד את האיסור על פגיעה בליבת הזכות.¹⁰⁴ עם זאת, בית המשפט בדרום אפריקה בוחן אם נפגעת ה"ליבה" (core) או ה"פריפריה" של הזכות, כאשר נדרשת הצדקה משמעותית הרבה יותר לפגיעה בליבת הזכות.¹⁰⁵

ECTHR, *Gani. v. Spain* [2013], para. 48 103

Takis Tridimas & Giulia Gentile, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, 20 GER. L. J. 794, 796 (2019) 104

Richard Stacey, *Proportionality Analysis by the South African Constitutional Court, in PROPORTIONALITY IN ACTION* 193, 234 (Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner & Andrej Land eds., 2020) 105

סעיף 19.2 לחוק היסוד הגרמני נחשב לסעיף הראשון שדן במהות הזכות, והוא השפיע על חוקות אחרות בנושא,¹⁰⁶ וכן על הפרשנות של מוסדות האיחוד האירופי לתפיסת מהות הזכות.¹⁰⁷ ככלל, התפיסה של הגנה מוחלטת על מהות הזכות נקשרת לרעיון כבוד האדם וההגנה על האוטונומיה של הפרט, המוסדר בסעיף 1 לחוק היסוד הגרמני, שבמסגרתו נקבע כי לא ניתן לפגוע בכבוד האדם.¹⁰⁸ אם כן, ככלל, במשפט הגרמני כדי להכריע אם מהות הזכות נפגעה יש לבחון אם הפגיעה מאיימת ממש על האוטונומיה ועל כבודו של הפרט,¹⁰⁹ אך שבפועל בית המשפט הגרמני ממעט לעשות שימוש במבחן מוחלט זה ומעדיף את מבחני המידתיות הבלתי מוחלטים.¹¹⁰

כמה בתי משפט מדינתיים פירשו את מושג "מהות הזכות" או "ליבת הזכות" ביחס לזכות להליך הוגן. לדוגמה, בית המשפט החוקתי של ספרד קבע כי מהות הזכות להליך הוגן נפגעה כאשר נאשם לא היה נוכח בהליכים הפליליים נגדו (שלא מרצונו החופשי) וכאשר נשללה ממנו הזכות לערער על פסק הדין שניתן כנגדו.¹¹¹ בית המשפט החוקתי בפורטוגל ציין (באוביטר) כי הזכות לשוויון בין התביעה

106 כך, לדוגמה, חוק היסוד הגרמני השפיע על החוקות באסטוניה, הונגריה, פורטוגל, פולין, רומניה, ספרד ושווייץ, שכוללות גם הן איסור על פגיעה בליבת הזכות. ראו Tridimas & Gentile, לעיל ה"ש 104, בעמ' 795-796.

Pierre Thielborger, *The "Essence" of International Human Rights*, 107 20 GER. L. J. 924, 925 (2019)

108 שם, בעמ' 937. על האופי המוחלט של ההגנה הניתנת לערך כבוד האדם במשפט הגרמני, ראו מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני - האם גם בישראל?** (2011).

Mark Dawson, Orla Lynskey & Elise Muir, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, 20 GER. L. J. 763, 770-771 (2019)

Andrej Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court, in* Kremnitzer, Steiner & Land, לעיל ה"ש 105, בעמ' 58, 22.

111 ראו: *Sentencia* 91/2000, S.T.C., May 4, 2000 (B.O.E., No. 107) (Spain); Tridimas & Gentile, לעיל ה"ש 104, בעמ' 799-798.

להגנה עומדת בליבת הזכות להליך הוגן.¹¹² באיטליה ה־Corte di Cassazione סבר כי בליבת העיקרון בדבר איסור על ענישה למפרע מצויה זכותו של אדם שלא להיות מואשם באישום חמור יותר מן האישום שהיה קיים בזמן ביצוע העבירה.¹¹³ בית המשפט בדרום אפריקה ראה כחלק מהליבה את הזכות שכליאה של אדם תהיה רק תוצאה של הליך שמנהל בעל תפקיד שיפוטי (ולכן קבע כי הליך אזרחי שבו הייתה אפשרות לכליאה בלא פיקוח של בעל תפקיד שיפוטי פגע בליבת הזכות להליך הוגן). במקרה אחר פסק בית המשפט בדרום אפריקה שהוראות חוק שהכריחו נאשם בפלילים להפריך הנחה שהחזקה של רכוש גנוב מצביעה על כוונה לקבל רכוש גנוב פגעו בגרעין הזכות לחזקת חפות.¹¹⁴ בית המשפט בהודו פסק שהליכים פליליים בלא ייצוג משפטי הם הפרה של הזכות להליך הוגן, וכי היתלות המדינה במחסור תקציבי כדי להצדיק העדר מימון לייצוג משפטי חינום אינה הצדקה לגיטימית (בית המשפט אומנם לא עשה שימוש בדוקטרינה של "מהות הזכות", אך לדעתנו משתמע מפסיקה מעין זו שהזכות לייצוג משפטי בהליך פלילי היא חלק ממהות הזכות להליך הוגן).¹¹⁵

ברמה הכלל-אירופית אפשר למצוא איסור על הגבלה של מהות הזכות בסעיף 52(1) של מגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי (Charter of Fundamental Rights of the European Union). נראה כי ביחס לזכות להליך הוגן, ליבת הזכות כוללת את עצם הגישה לערכאות, את עצמאות המוסד השיפוטי, וכן את

Judgment of the Portuguese Constitutional Court No. 460/2011, 112
11 October 2011, point 2.4; Maja Brkan, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*,
14 Eur. Const. L. Rev. 332, 342 (2018)

Corte di Cassazione. Sez. III, 8 July 2016, n. 212, G.U. n. 41, 2016 113
(It.), Para. 31. יצוין כי ביה המשפט החוקתי באיטליה (Corte Costituzionale) לא
נקט פרשנות דומה ולא פנה לנחח את ליבת הזכות; ראו גם Tridimas & Gentile, *לעיל*
ה"ש 104, בעמ' 801.

Stacey, *לעיל* ה"ש 105, בעמ' 234. 114

Aparna Chandra, *Limitation Analysis by the Indian Supreme Court*, 115
in Kremnitzer, Steiner & Land, *לעיל* ה"ש 105, בעמ' 458, 513.

הזכות לייצוג משפטי.¹¹⁶ יש לציין כי רוב הדיון של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי בליבת הזכות להליך הוגן נסוב סביב זכות הגישה לערכאות.¹¹⁷ עוד נקבע כי הזכות של אדם להיחשף לסיבות שהובילו למעצרו או לקבלת החלטה נגדו עומדת בליבת הזכות להליך הוגן, מכיוון שליבה זו היא שמבססת את היכולת להתגונן מאשמה.¹¹⁸

באמנה האירופית לזכויות אדם אומנם אין איסור מפורש על פגיעה בליבת הזכות, אך בית המשפט האירופי לזכויות אדם קרא בעבר את האיסור האמור לתוך סעיף 17 לאמנה.¹¹⁹ בהתאם, בית המשפט האירופי קבע כי הזכויות הבאות מצויות בליבת הזכות להליך הוגן: עצמאות שיפוטית,¹²⁰ היעדר משוא פנים של בית המשפט,¹²¹ וכן הזכות של אדם להגן על עצמו, במיוחד באמצעות הזכות להיות נוכח בהליכים למעצרו, וגם שוויון הכוחות בהליך אדוורסארי זה.¹²² בית המשפט האירופי גם הבחין בין הליכים פליליים להליכים אחרים ביחס לזכות להליך הוגן. כך, נקבע כי לא כל הזכויות המנויות בסעיף 6 לאמנה חלות על כל מקרה אזרחי, בניגוד להליכים שב"גרעין הקשה" של המשפט הפלילי וזכאים למירב ההגנות

Kathleen Gutman, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best is Yet to Come?*, 20 GER. L. J. 884, 888 (2019)

117 שם, בעמ' 889.

118 שם, בעמ' 901.

Regner v. Czech Republic, App. No. 35289/11 (Serghides J., partly dissenting), para. 50 (Sept. 19, 2017); Sebastien Van Drooghenbroeck & Cecilia Rizcallah, *The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?*, 20 GER. L. J. 904, 908 (2019)

ECJ, Case C-216/18, *Commission v. Poland*, ECLI:CU:C:2018:1021, Judgment of 17 Dec. 2018, para.21; Tridimas & Gentile, *לעיל* ה"ש 104, בעמ' 807.

Micallef v. Malta, App. No. 17056/06, para. 86 (Oct. 15, 2009); Van Drooghenbroeck & Rizcallah, *לעיל* ה"ש 119, בעמ' 919.

122 Kremnitzer & Saba-Habesch, *לעיל* ה"ש 48, בעמ' 133.

שבסעיף 6¹²³ נציין עוד, בסוגייה קשורה, כי סעיף 15 לאמנה קובע כי גם במצב חירום אי־אפשר לפגוע בזכויות המנויות בסעיף 7 לאמנה (הוא הסעיף המבטס את עקרון החוקיות).

האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות אינה כוללת פסקת הגבלה כללית, ואינה מאפשרת פגיעה בזכות להליך הוגן, אלא במצבים המוגדרים מצבי חירום. במצבים כאלה קבעה ועדת זכויות האדם של האו"ם כי חלק מהזכויות להליך הוגן באמנה זו הן זכויות שלא ניתן לפגוע בהן, אך לא במצבי חירום, כמו ההסדר שבכמה חוקות, ובו זכויות להליך הוגן שאי־אפשר לפגוע בהן אפילו במצבי חירום (non-derogable rights). הוועדה קבעה כי האיסור על מעצר שרירותי – הקבוע בסעיף 9 לאמנה – אינו ניתן לגריעה (non-derogable), וכן כי הערובות הפרוצדורליות של סעיף 9, שנועדו להגן על חירותו של אדם, אינן ניתנות לגריעה אם גריעת הזכות תוביל לפגיעה בזכויות אחרות שאינן ניתנות לגריעה, המוגנות בסעיף 4.2 לאמנה (כגון הזכות לחיים והאיסור נגד עינויים).¹²⁴ במילים אחרות, כדי להגן על אותן הזכויות שאינן ניתנות לגריעה לפי סעיף 4.2, יש לקבוע כי הזכות לקיים הליכים בפני בית המשפט והחובה של בית המשפט להכריע ללא שיהוי על חוקיות המעצר, אינן ניתנות לגריעה גם כן, אך לא במצבי חירום.¹²⁵ עוד נקבע כי האמנה אוסרת על סטייה מ"דרישות בסיסיות של הליך הוגן",¹²⁶ כגון חזקת החפות, אך לא בזמן חירום. כן נקבע כי החובה שבית המשפט יהיה עצמאי ובלתי תלוי היא זכות מוחלטת שאינה נתונה לחריגים כלשהם.¹²⁷

123 Van Drooghenbroeck & Rizcallah, לעיל ה"ש 119, בעמ' 918-919.

124 UN Human Rights Committee, *General Comment No. 32, Article 14, Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32 para. 6

125 UN Human Rights Committee, *General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and Security of Person)*, 16 December 2014, CCPE/C/GC/35, para. 67

126 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

127 *General Comment No. 32*, לעיל ה"ש 124, בפס' 19.

סיכום ביניים

החוקות והאמנות שנסקרו בפרק זה מעגנות במפורש ובפירוט את הזכות להליך הוגן. החוקות האלה – גם הוותיקות (כגון החוקה האמריקאית) וגם המודרניות יותר (כגון החוקה הדרום־אפריקאית) – מסדירות לא רק את הזכות להליך הוגן אלא גם זכויות נוספות, כגון הזכות להליך פומבי ומהיר והזכות לחקירת עדים. במרבית החוקות אף ניתן למצוא הסדרה של עקרונות כלליים לצד כללים מפורטים, כגון החובה להביא את העצור בפני שופט בתוך פרק זמן סביר (בדרך כלל בתוך 48 שעות מעת מעצרו). נוסף על כך, כמה מהחוקות (בעיקר החוקות האירופיות) מסדירות במפורש את האיסור המוחלט לפגוע ב"מהות" הזכות להליך הוגן.

להלן לוח המציג אילו זכויות מוסדרות בכל אחת מהחוקות שנסקרו לעיל, ומאפשר להשוות בין היקף ההגנה שהזכויות למיניהן זוכות לה בחוקות שנסקרו.

לוח 2.
הזכויות המנויות בכל חוקה

מספר החוקות המגיינות על הזכות, לפי Constitutions Project	חוקת איטליה	חוקת גרמניה	חוקת פולין	הצירטר הקנדי	מגילת הזכויות בארצות הברית	חוקת דרום אפריקה	האמנה האירופית לזכויות אדם	האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות	
	X							X	שוויון בפני בחי המשפט
127	X	X	X	X	X	X	X	X	זכות להליך הוגן
-	X					X			זכות גישה לערכאות
						X	X		זכות להליך מינהלי הוגן
	X		X	X	X	X	X	X	הליך בפני טריבונל עצמאי ובלתי תלוי שהוקם לפי חוק
						X			במעצר - זכות השתיקה והודעה על תוצאותיה
זכויות מפני מעצר ובמעצר 180 -						X			במעצר - זכות מפני הפללה עצמית
	X	X	X	X		X	X		במעצר - הזכות להגיע בפני שופט
	X	X	X	X		X	X	X	במעצר - הזכות לשמוע את עילת המעצר או להיות מואשם



מספר החוקות המגינות על הזכות, לפי Constitutions Project	חוקת איטליה	חוקת גרמניה	חוקת פולין	הצירטר הקנדי	מגילת הזכויות בארצות הברית	חוקת דרום אפריקה	האמנה האירופית לזכויות אדם	האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות	
	X					X	X		במעצר - זכות לשחרור
זכות במעצר - לשחרור/ ערבות - 67				X	X				במעצר - זכות מפני ערבות מוגזמת
166	X	X	X	X	X	X	X	X	זכות מפני ענישה אכזרית
		X	X						במעצר - זכות להודיע למשפחה
זכויות במעצר (ראו לעיל) - 180	X			X		X			במעצר/מאסר - זכות הייצוג
			X			X			תנאי מעצר/מאסר הולמים
						X			במעצר/מאסר - זכות לביקורים
146			X	X	X	X	X	X	פומביות
163	X		X	X		X	X	X	חזקת חפות
				X	X	X	X	X	הליך פלילי מובן
	X					X	X	X	די זמן ואמצעים להתגונן בהליך פלילי וליצירת קשר עם עו"ד לפי בחירה
115	X		X	X	X	X	X	X	הליך פלילי ללא עיכוב/מהיר
						X		X	זכות ההליך פלילי בנוכחות הנאשם



מספר החוקות המגינות על הזכות, לפי Constitutions Project	חוקת איטליה	חוקת גרמניה	חוקת פולין	הצירטר הקנדי	מגילת הזכויות בארצות הברית	חוקת דרום אפריקה	האמנה האירופית לזכויות אדם	האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות	
165	X		X		X	X	X	X	זכות לייצוג בהליך פלילי
66	X				X	X	X	X	זכות לחקירה נגדית
87	X			X		X	X	X	זכות להרגום
111				X	X	X		X	חיסיון נגד הפללה עצמית
59						X		X	זכויות הקטין במשפט
34									זכויות נפגעי עבירה במשפט
129	X					X		X	זכות ערעור
95	X		X				X	X	זכות לפיצוי בשל הרשעת שווא
106		X		X	X	X		X	סיכון כפול
160	X	X	X	X		X	X	X	אין עונשין אלא אם כן מזהירין
								X	כשרות משפטית
				X		X			פסילת ראיות

פרק ה. ניצוד צריך להיראות חוקי- יסוד: זכויות במשפט?

הדיון בשאלה כיצד צריך להיראות חוקי-יסוד: זכויות במשפט קשור קשר הדוק לשאלות מהן זכויות בכלל, ומהן הזכויות במשפט בפרט. האם הזכויות האלה הן בעלות אופי מוחלט, או שיש להן לכל הפחות ליבה מוחלטת שהיא "קלף מנצח" בפני כל אינטרס אחר?¹²⁸ האם צריך לראות בהן עיקרון (השאיפה להליך הוגן) שיש להגשימו ולאזנו אל מול אינטרסים

ועקרונות אחרים?¹²⁹ סוגיה זו נדונה באשר לכל הזכויות, אך ניתן לומר שלזכויות במשפט יש אופי מיוחד משום שהן מאפשרות הגנה על זכויות אחרות ומכיוון שהן מופנות במיוחד למערכת אכיפת החוק ולבתי המשפט הצריכים גם ליישם את הזכויות בדין הפלילי, אך גם לפרשן ולקבוע מתי הן הופרו בדין החוקתי.¹³⁰

נוסח רזה או עבה?

שאלת מפתח מבחינת המבנה של חוק היסוד היא אם דרוש נוסח רזה או נוסח עבה. מעבר לכך שמדובר בהבדל סגנוני וערכי בין מבנים ותכנים של חוקות, במובן מסוים גם יש קשר בין סוגיה זו לבין התפיסה שהזכות להליך הוגן היא עיקרון או כלל מוחלט. אומנם גם חוקה שנוסחה עבה עשויה לכלול מושגי

Kai Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, 128 5(3) INT'L J. CONST. L. 453 (2007); Ronald Dworkin, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 92 (1977)

Robert Alexy, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 66-69 (2002) 129

130 ליישום הדיון בהקשר זה בישראל, ראו Kremenitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 48.

שסתום, כלומר הזכויות להליך הוגן עשויות להיות מנוסחות כעקרונות מפורטים. ועם זאת, אם רואים בזכויות האלה עקרונות כלליים, אפשר להסתפק בנוסח רזה של חוק היסוד. כפי שניתן לראות בחוקות רבות, לא פעם אין מסתפקים בעיקרון כללי (הזכות למשפט הוגן), אלא מפרטים כללים מוגדרים המנוסחים בפירוט ובנוקשות: באילו תנאים בדיוק רשאית המדינה לחרוג מעקרון פומביות הדיון? מה בדיוק יש לומר לעצור? כל אדם שאינו מבין את שפת הדיון זכאי לתרגום, וכו'. במקרים אלו מדובר בכללים שעשויים לחול במקרה ספציפי, ולא בעקרונות או סטנדרטים שיכולים להיות מוגשמים במידות משתנות בהתאם לנסיבות המקרה ולאינטרסים והזכויות המתחרים – אך שיש להדגיש: בין שבחרים בכללים נוקשים, בין שבחרים בסטנדרטים, מבחינה עקרונית כל הליך שיפוטי מעצם הגדרתו חייב לכלול את הזכות להליך הוגן. ניתן לקבוע מה ייחשב הוגן בנסיבות המקרה, אך ההוגנות של ההליך היא תנאי הכרחי לקיומו של הליך משפטי אמיתי.¹³¹

חוקות רבות משלבות נוסח של עיקרון כללי עם כללי מינימום נוקשים. מובן שבפועל אופי הזכות (כלל או עיקרון) תלוי לא מעט ביישום החוקה: לדוגמה, באשר לאמנה האירופית לזכויות אדם, יש טענה שפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם נוטה לראות גם בזכויות המינימום המנוסחות ככללים עקרונות שניתן לאזן מול אינטרסים אחרים.¹³² נוסח הצעת חוקה בהסכמה נוטה לעקרונות, ויש בו מעט כללים יחסית, בעיקר בתחום זכויות העציר. כמה חוקות אחרות, כגון חוקת דרום אפריקה, מפרטות יותר וכוללות נוסח עבה יותר וכללים מוגדרים יותר.

לדעתנו, במיוחד על רקע נוסח מפורט של חוקי יסוד אחרים, ועל רקע האופי המיוחד של הזכות להליך הוגן (כזכות המופנית אל בתי המשפט), יש מקום

131 להבחנה בין כללים לבין עקרונות או סטנדרטים, ראו Alexy, לעיל ה"ש 129, בעמ' 66.

132 Laura Christine Hoyano, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, 1 CRIM. L.R. 4 (2014); Marianna Biral, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial*, 22 EUROPEAN JOURNAL OF CRIME, CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE 331 (2014)

לפירוט רב יותר ולנוסח עבה יותר מזה המופיע בהצעת חוקה בהסכמה. כפי שנסביר מייד, אנו גם סבורים שיש מקום לפסקת הגבלה הכוללת, בצד הנוסח הרגיל, גם איסור מוחלט על פגיעה במהות הזכות, כדי לחזק את מידת התוקף והחיוב של הכללים.

פסקת ההגבלה וניסוח של עקרונות או כללים מוחלטים

סוגיה נוספת היא אם פסקת ההגבלה הרגילה בנוסח של חוקי היסוד משנת 1992 היא שצריכה לחול במקרה זה. האם הזכות להליך הוגן היא עיקרון שיש לאזן עם זכויות ואינטרסים אחרים, או שמא יש להכיר בכך שלזכות להליך הוגן יש כללי מינימום או כללי ליבה מוחלטים שאין לאפשר כל פגיעה בהם ואין לאזן אותם עם עקרונות, עם זכויות ועם אינטרסים אחרים?¹³³ אם מוגדר בחוקה, לדוגמה, זמן מקסימלי להבאת עצור בפני שופט, האם ראוי לאזן את הכלל הזה עם אינטרסים אחרים, לדוגמה, באמצעות בדיקת ההצדקות לחקיקה הפוגעת בכך לפי כללי המידתיות? יש לומר, לפי המשפט החוקתי בישראל כיום, הזכות להליך הוגן (שהיא, כאמור, מעוגנת כזכות בת של הזכויות לחירות ולכבוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) אינה נתפסת כזכות מוחלטת אלא כזכות יחסית שיש לבחון פגיעה בה לפי כללי פסקת ההגבלה.¹³⁴

יש יחסי גומלין בין הסוגיה הזאת לבין אופי הנוסח העבה או הרזה של החוקה בתחום זה. אם נבחר בנוסח רזה, הכולל בעיקר עקרונות, פסקת ההגבלה הרגילה תתאים. גישה זו נבחרה בנוסחים של הצעות חוקה בהסכמה וחוקה בהסכמה

133 Kremenitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 48.

134 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פסי' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 11.2.2010); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע פסי' 26 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 8.10.2006).

רחבה, וגם בנוסח הצעת חוק היסוד של משרד המשפטים.¹³⁵ אולם אם מנסחים במפורט את כללי המינימום של ליבת הזכות להליך הוגן, ייתכן שגישה זו אינה מתאימה. מעבר לשאלה אם הנוסח הוא עבה או רזה, לפירוט של כללים מוחלטים יש יתרון מבחינת ההדרכה שהם מקנים, בין היתר לרשויות אכיפת החוק, שהיא בהירה ומחייבת יותר. לעומת זאת, לפירוט של כללים מוחלטים גם חסרון, מבחינת התפיסה הפורמלית והצרה של ההליך ההוגן על חשבון הרוח המהותית של העיקרון והתפיסה הרחבה של הוגנות ההליכים.

כפי שהראינו בפרק ההשוואתי לעיל, בכמה מדינות ואמנות בינלאומיות אומצו גישות האוסרות לחלוטין פגיעה במהות או בליבה של זכויות. פסיקה של בתי משפט מדינתיים ובינלאומיים החילה גישה זו על חלקים של הזכות להליך הוגן (ליבת הזכות), הנתפסים על ידם כמוחלטים. פסיקה שכזאת הכירה בפגיעה במהות הזכות להליך הוגן בין היתר במקרים האלה:

- פגיעה בזכות הגישה לערכאות;
- פגיעה בעצמאות המוסד השיפוטי או באי־תלות הערכאה;
- כליאה של אדם בלא הליך המנוהל בידי שופט;
- פגיעה ביכולת האדם להתגונן מפני אשמה (נשללה מנאשם זכותו להיות נוכח בהליכים הפליליים שלו, או להיחשף לסיבות מעצרו);
- פגיעה בזכות לערער;
- פגיעה בשוויון הדיוני בין התביעה להגנה;
- פגיעה באיסור על אישום אדם באישום חמור יותר ממה שהיה קיים כאשר ביצע את העבירה;
- פגיעה בחזקת החפות.

135 לגישה זו של משרד המשפטים, ראו לדוגמה את דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהושע שופמן בפרוטוקול ישיבה 490 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-13, בעמ' 28 (15.4.1996).

לטעמנו, בחוק היסוד המוצע מוטב להסתפק בהפניה כללית לאיסור על גריעת מהות הזכויות, ולא לפרט "רשימה סגורה" כזאת.

המשמעות היא שיש ארבע חלופות אפשריות לפסקת הגבלה בחוק היסוד: (1) פסקת הגבלה רגילה לפי נוסח חוקי היסוד של שנת 1992, למרות ההבנה שחלק משמעותי מהזכויות האמורות בחוק היסוד, או מליבתן, הוא מוחלט; (2) פסקת הגבלה שתכיר במפורש שחלק מהזכויות בחוק היסוד אינן יחסיות אלא מוחלטות, או שהן ליבת הזכות להליך הוגן שאין לפגוע בה; (3) פסקת הגבלה מיוחדת, תובענית יותר בהשוואה לפסקת ההגבלה הרגילה; (4) לא לכלול פסקת הגבלה, מתוך תפיסה שאין לפגוע בזכויות שלפי חוק היסוד הזה.

לדעתנו מן הראוי לנסח את חוק היסוד הן באמצעות עקרונות כלליים, הן באמצעות כללים מפורטים ואיסורים מוחלטים. על פי גישה זו, בנוסח הצעת החוק שלהלן אנו מציעים פסקת הגבלה הכוללת בצד הניסוח הרגיל גם איסור מוחלט על גריעת מהות הזכות.

העקרונות הכלליים של הזכות להליך הוגן

הזכות להליך הוגן

הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת "בעלת רקמה פתוחה", המשמשת "בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות"¹³⁶. כלשונו של השופט אדמונד לוי, הזכות להליך הוגן "כמוה כמעשה תצריך". היא אינה מתמצית בהסדר דיוני מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבטסת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדורליים

136 פרשה יששכרוב, לעיל ה"ש 10, פסי' 66 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פסי' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 11.2.2010); ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 872.

זכויות מהותיות המתקיימים בצוותא"¹³⁷. זכויות בת מסוימות בה חלות בכל הליך,¹³⁸ לרבות בהליכים מינהליים ואזרחיים שהמדינה יוזמת (כאמור בסעיף ב' לעיל), שבהם הסיכון לזכויות האדם לעיתים אינו פחות מהסיכון בהליכים פליליים, וגם בהם חובת המדינה להליך הוגן¹³⁹ (למשל, זכות השימוע במסגרת הזכות להליך מינהלי הוגן¹⁴⁰). אופייה הרחב והפתוח של זכות המסגרת מחייב הכללה בחוק היסוד של עיקרון כללי, שינוסח ניסוח רחב, שיעגן את הזכות הרחבה הזאת ויאפשר את פיתוחה בחקיקה ובפסיקה ואת החלת ההגנה עליה לפי נסיבות שונות ומתוך ראייה רחבה.¹⁴¹ כפי שעלה בפרק ההשוואתי, כך נהוג בחוקות רבות (עיגון העיקרון הכללי בצד פירוט של כללים וזכויות הנובעים ממנו; ראו לדוגמה בחוקת דרום אפריקה).

זכות גישה לערכאות

זכות הגישה לערכאות גם היא זכות מסגרת. היא קשורה לזכות להליך הוגן, ויש שיטות משפט שבהן היא נגזרת מזכות זו.¹⁴² לפי גישות אחדות מדובר באחד מעקרונות היסוד המרכזיים של השיטה המשפטית הדמוקרטית כולה,¹⁴³ היא קשורה בטבורה לעקרון שלטון החוק אבל היא אינה מעוגנת במפורש בישראל

137 בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי (נבו) 8.10.2006.

138 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 872.

139 לחובת מייצגי המדינה בערכאות להגינות גם בהליכים פליליים, וגם בהליכים מסוגים אחרים, ראו גיא לוריא היועץ הטוב: אמות מידה להערכת היועץ המשפטי לממשלה 60-59, 180-181 (2015).

140 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 876.

141 השו"ע פ"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל פס' 9 לפסק דינו של השופט לוי (נבו) 1.8.2011.

142 יורם רבין "זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה' 217, 225 (תשס"א).

143 יורם רבין ואלון רודס "תרומתו של השופט חשין לביסוסה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד" ICON-S-IL Blog (18.12.2018).

בשום חוק יסוד, ונשאלת השאלה אם וכיצד היא מעוגנת באופן משתמע.¹⁴⁴ על כן יש חשיבות מיוחדת בעיגון של זכות זו, שהיא נחוצה בכל הליך שיפוטי שהוא ולשם מימוש כל הזכויות כולן,¹⁴⁵ וזאת כעיקרון רחב.

כשרות משפטית

עיקרון נוסף שהופיע בחלק מההצעות הקודמות בישראל ובחוקות בעולם הוא הזכות לכשרות משפטית. זכות זו לא נכללה בהצעת חוקה בהסכמה ובהצעת חוקה בהסכמה רחבה – אך במציאות הישראלית, שבה אין הגנה חוקתית חזקה לזכות לשוויון, אנו סבורים שהזכות לכשרות משפטית לכול חשובה מספיק כדי להיכלל בחוק היסוד.

הוראות מוסדיות (פומביות, ערעור, אי־תלות השופט, ייצוג)

כחלק בלתי נפרד מהזכות להליך הוגן מצויות הוראות מוסדיות המגדירות את אופי הערכאה ואת אופי הדיון בפניה, והן, למעשה, עקרונות היסוד או ערכי היסוד של הרשות השופטת.¹⁴⁶ כמה מההוראות האלה מעוגנות כבר בחוק־יסוד: השפיטה, והן מחייבות את אי־תלות השופט,¹⁴⁷ החובה של בית המשפט לדון בפומבי,¹⁴⁸ להעניק זכות ערעור¹⁴⁹ ועוד. הוראות מוסדיות אחרות הנתפסות

144 אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה ליון** 31 (2013).

145 ש.ס.

146 לסקירה של גישות שונות באשר לתוכן ערכי היסוד של הרשות השופטת, ראו שמעון שטרית "ערכי־היסוד של מערכת השפיטה בישראל" **ספר אור** 617, 621 (2013).

147 ס' 2 לחוק־יסוד: השפיטה.

148 ש.ס, ס' 3.

149 ש.ס, ס' 17.

כחלק מהזכות להליך הוגן מבחינת אופייה של הערכאה, אינן מעוגנות בחוק יסוד: חובת הנמקה של פסק דין, הזכות לשוויון בפני בית המשפט, עצמאות המוסדית של בית המשפט ועוד.¹⁵⁰

יש הצדקה, לדעתנו, לכלול הוראות מרכזיות מפורשות בדבר אופייה של הערכאה כחלק מהזכות להליך הוגן: אופיו הבלתי תלוי ונטול הפניות של בעל סמכות השפיטה, פומביות הדיון, העדר העיכוב שבו, הזכות לערער, וחובת ההנמקה, ואין להסתפק בהוראות המוסדיות הכלולות בחוק-יסוד: השפיטה. ראשית, הן אינן כוללות חלק מהעקרונות שנתפסים כחלק מהזכות להליך הוגן, כגון העדר העיכוב בהליך וחובת ההנמקה. שנית, נחוץ לקבוע במפורש שמדובר בזכויות אדם ולא רק בהוראות מוסדיות המופנות לרשויות השלטון, כדי לאפשר למי שנפגע בעקבות הפרת הוראות אלו את הזכות לעתור.¹⁵¹ אשר לעקרון השוויון בפני החוק, 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.¹⁵² נוסף על כך, בחוקות של מדינות אחרות יש הסדרה מפורטת של החריגים לעקרון פומביות הדיון, אך אנו סבורים שניתן להסתמך בהקשר זה על החוקים הרגילים.

זכות הייצוג

זכות נוספת שיש לכלול במפורש – בכל סוגי ההליכים – היא הזכות לייצוג משפטי. הכוונה כאן היא לזכותו של אדם להיות נוכח בהליכו המשפטיים

150 ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 873: שטרית, לעיל ה"ש 146, בעמ' 621. הוראות אלו מעוגנות בתקנות סדר הדין האזרחי. ראו תקנה 2 לתקנות סדר הדין האזרחי, השע"ט-2018.

151 דוגמה לכך ניתן לראות בפסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, שהתקבל בעקבות עתירה של עורכת דין שטענה שהופרה זכותה להליך הוגן בהליך משמעת גנדה בעקבות הפגיעה באי-חלות השופטים (בהליכי מינויים). ראו Application no. 43447/19 Reczkowicz v. Poland (July 22, 2021)

152 יובל שני חוק-יסוד: שוויון הצעה לסדר 37 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020).

לא רק בעצמו, אלא גם באמצעות עורך דין מטעמו.¹⁵³ זכות לייצוג הולם נחוצה בכל ההליכים המשפטיים, כדי להבטיח את הגישה המלאה לערכאות המשפטיות – ובמובן זה היא למעשה חלק מזכות המסגרת הזאת. זכות הייצוג כוללת גם את הזכות למימון הייצוג על ידי המדינה למי שידו אינה משגת (כלומר, את חובת המדינה להעמיד לטובת מתדיינים נעדרי אמצעים ייצוג משפטי במקרים מתאימים).¹⁵⁴ השאלה של היקף הזכות למימון הייצוג על ידי המדינה בהליכים שאינם הליכים פליליים, ראוי לה, לדעתנו, שתוסדר בחקיקה, אף שיש מדינות שקבעו זכות זו בחוקתן.¹⁵⁵ אשר לזכות הייצוג במשפט הפלילי ובהליכים מעין־פליליים – זו ראויה, לדעתנו, להסדרה מפורטת יותר. על כך – להלן.

זכויות במעצר, זכויות בחקירה

זכויות החשוד והעציר הן זכויות משנה של הזכות להליך הוגן. במעצר נפגעת זכותו של אדם לחירות, ובמובן מסוים כבר בעצם המעצר נפגעת הזכות להליך הוגן – בשל הפגיעה המסוימת בחזקת החפות ובשל הקשיים המעשיים לניהול הגנה מן המעצר.¹⁵⁶ חוק המעצרים משנת 1996¹⁵⁷ נחקק בזמנו כדי שדיני המעצרים ישקפו טוב יותר את הזכות להליך הוגן.¹⁵⁸ הכישלון בכך, שאותו פירטנו לעיל בפרק ג, מצדיק, לדעתנו, פירוט של זכויות העציר בחוק היסוד. אין ספק שגם זכויות הנחקר הן חלק מהזכויות להליך הוגן החלות במסגרת כל שלבי

153 ראו ס' 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 873.

154 להבחנה בין שתי ההיבטים האלה של הזכות לייצוג, ראו יואב ספיר "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מחקופת המנדט ועד לשנות השמונים" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי 397, 411 (2009).

155 השוו יורם רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי" המשפט ו 225 (2001).

156 רינת קיטאי־סנג'רו המעצר: שלילת חירות טרם הכרעת הדין 16 (2011).

157 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

158 חיה זנדברג פירוש לחוק המעצרים 8-9 (2001)

ההליך הפלילי,¹⁵⁹ שעליהן נעמוד מייד. לדעתנו, פירוט של אופן מימוש הזכות להליך הוגן בחקירה צריך לבוא במסגרת החקיקה הראשית הרלוונטית.¹⁶⁰

הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי

מבחינה היסטורית, הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי היא מקור הזכות להליך הוגן. בהליך הפלילי עלולה להיות הפגיעה שתוצאתה לאדם החמורה ביותר – בפרט בחירותו – ולכן בו נחוץ עיקר הפירוט של הזכות, ואומנם בו מצוי עיקר הפירוט הזה בחוקות העולם. אך מוצדק, לדעתנו, להחיל את הזכויות האלה לא רק על כל שלבי ההליך הפלילי (חקירה, מעצר, משפט, מאסר והסגרה), אלא גם על הליכים שתוצאותיהם עלולות להיות דומות, לדוגמה באכיפה מינהלית, ואף במקרים מתאימים באכיפה אזרחית שייקבעו בחוק.

אשר לפירוט הדרוש של הזכויות: ראשית, נחוץ עיגון מפורש בחוק יסוד של הזכות לייצוג בהליך הפלילי ובהליכים אחרים שפגיעתם בזכויות יסוד עשויה להיות חמורה, וכן של הזכות למימון הייצוג למי שידו אינה משגת.¹⁶¹ שנית, נחוץ עיגון של עקרון החוקיות והפרוספקטיביות – אין עונשין אלא אם כן מזהירין – האוסר על חקיקה המטילה בדיעבד אחריות פלילית על מעשים או מחדלים שנעשו בעבר.¹⁶² שלישית, נחוץ עיגון של עקרון האחריות האישית, קרי העיקרון

159 פרשה פלוני, לעיל ה"ש 136, פסי' 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ("ככלל, הזכות להליך פלילי הוגן מתפרסת על כל שלביו של ההליך הפלילי – 'אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפטי'). השוו עמיקם הרפז ומריס גולן, **משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה** 217 (2018).

160 לחקיקה מוצעת שכזאת, ראו תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשע"ב-2012.

161 ראו ספיר, לעיל ה"ש 154.

162 השוו נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס **מדריך למחוקק** 52 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

שאינן להעניש אדם או להטיל עליו אחריות פלילית אלא בגין מעשה שהוא עצמו
 אשם בו (ולכן אין להענישו בגין מעשה של אדם אחר, שהוא לא השתתף בו
 ולא יכול היה למנוע), וזאת על סמך "האוטונומיה של היחיד ועל כבוד האדם,
 בדבר היותו של הפרט יסוד החברה והסדר המשפטי, כמטרה לעצמו, וכמי שאין
 לנהוג בו כבאובייקט או כאמצעי".¹⁶³ מעבר לכך, יש לפרט את עקרונות היסוד
 של הזכות להליך הוגן בהליך הפלילי: חזקת החפות, הוכחת אשמה מעבר לספק
 סביר, איסור על סיכון כפול, זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית, הזכות
 להתגונן ולדעת במה האשמה, הזכות לנהל חקירה נגדית, והזכות לכך שההליך
 הפלילי יהיה מובן בשפתו של העומד למשפט – או שיקבל מתורגמן במימון
 המדינה.¹⁶⁴ כמו כן, בשל פגיעותם המיוחדת, סוגיית הטיפול בקטינים ואנשים
 עם מוגבלויות ראוי שתקבל סעיף מיוחד, שמטרתו הבטחת התחשבות בגילם
 ומידת בגרותם של קטינים במהלך הליכים שיפוטיים שבהם הם משתתפים,
 מתוך הבטחת הליך הוגן בצד הרצון להגן עליהם, לטפל בהם ולשקמם, והצורך
 להבטיח גישה שווה לאנשים עם מוגבלויות.¹⁶⁵

זכויות משנה אחרות של הזכות להליך הוגן, וכן הסעדים בגין הפרת הזכויות
 (לדוגמה, סוגיית פסילת הראיות שהושגו בסתירה להוראות חוק היסוד או
 סוגיית ההגנה מן הצדק) – ראוי להן להישאר בגדרי הפיתוח של החקיקה הרגילה
 והפסיקה. מדובר בזכויות כגון הזכות לקבל חומרי חקירה, הזכות שהודאה
 שנתקבלה שלא מתוך רצון חופשי לא תהיה קבילה, ועוד. נבהיר: אין זה אומר
 שאין חשיבות לזכויות האלה. אדרבה, אנו סבורים שיש מקום לקדם חקיקה
 בנושאים האלה.¹⁶⁶ אולם לדעתנו הן סוגיות פרטניות שאופיין הספציפי ורמת
 הפירוט הנחוצה בהן מצדיקה הסדרה בחקיקה – ולראיה מצאנו פחות חוקות
 בעולם המעגנות אותן במפורש. מעבר לכך, מדובר כאמור בזכויות משנה של
 הזכות להליך הוגן, הנובעות מזכויות משנה שאנו מציעים לעגן בחוק היסוד (כגון

163 מרכזי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109 (1996).

164 ראו, לדוגמה, ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 873-875.

165 ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת
 המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי 37 (נכתב על ידי עו"ד הלית אורן-רשף, 2003).

166 ראו, לדוגמה, תזכיר לחיקון פקודת הראיות, לעיל ה"ש 30.

הזכות להתגונן מפני אשמה והזכות להימנע מהפללה עצמית). זכויות אחרות שאנו סבורים שאין לעגן בחוק יסוד זה נוגעות לעקרונות יסוד במשפט הפלילי, ובפרט לזכויות מהותיות בדין הפלילי ולעקרונות המנחים את שיקול הדעת בדבר הפעלתו של ההליך על ידי רשויות אכיפת החוק, כגון עקרון שוויון הדין הפלילי¹⁶⁷ או השימוש במעצר כאמצעי אחרון.¹⁶⁸ מדובר בעקרונות חשובים, אך הם קשורים יותר למהותו של הדין הפלילי, ופחות להוגנות ההליך עצמו.

איסור על ענישה אכזרית

האיסור על ענישה אכזרית נובע מעקרון כבוד האדם וההגנה עליו, ומערך קדושת החיים. על פי תפיסה זו, יש לעגן בחוק היסוד את הזכות, המעוגנת במשפט הבינלאומי, שאסור לעונש להיות אכזרי, בלתי אנושי או משפיל – על העונש להיות בדרך שתבטיח שמירה מרבית של כבוד האדם ושל שאר זכויותיו. בית המשפט העליון הקנדי פסק (במקרה שבו נקבע עונש מאסר מינימלי של שבע שנים על הברחת סמים) כי האיסור על ענישה אכזרית כולל גם איסור על ענישה בלתי מידתית באופן קיצוני (gross disproportionality),¹⁶⁹ ועל כן להערכתנו הטלת האיסור הזה בחוק יסוד תביא גם לתחולתו של עקרון המידתיות בענישה.¹⁷⁰ מעבר לכך, יש לעגן בחוק היסוד גם את האיסור על הטלת עונש מוות

167 השוו ס' 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (העוסק בזוטי דברים).

168 השוו ס' 13(ב) ו-23(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

169 R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045 ("s. 12 guarantees the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment [...] The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the Charter is [...] though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate")

170 השוו ס' 40 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

והאיסור על עינויים – הנתפסים כאיסורים מוחלטים במשפט הבינלאומי. יצוין כי עונש המוות אומנם נמצא בספר החוקים של ישראל, בגין עבירות ספורות, אך בתי המשפט אינם מטילים אותו.¹⁷¹

יציבות החוק, הוראות מעבר, ונוקשות החוק

קיומה של הזכות להליך הוגן היא, למעשה, חלק מהגדרתו של ההליך המשפטי. במצבי חירום עלולה להתפתות הממשלה – כדי להתמודד עם משברים שונים – להשתמש בתקנות שעת חירום כדי להפקיע את הזכות להליך הוגן. אנו סבורים שיש למנוע זאת: אין לאפשר לתקנות שעת חירום לשנות את תוקפו או תוכנו של חוק היסוד. עם זאת, בדומה לקבוע בחוק ייסוד: כבוד האדם וחירותו, אנו סבורים שיש לאפשר הגבלה של זכויות לפי חוק היסוד, הגבלה שתהיה זמנית ומותנית בהכרזה על מצב חירום, ככל שהיא עומדות במגבלות המידתיות והתכלית הראויה.¹⁷²

מכיוון שקיימים כיום הליכים ביטחוניים, כאמור לעיל בפרק ב, שבהם הזכות להליך הוגן נפגעת – ייתכן שפגיעה בלתי מידתית¹⁷³ – יש מקום לתת למדינה שהות של שנים אחדות לבחון אם יש מקום לתקן את החקיקה הרלוונטית כדי שתעמוד בדרישות חוק היסוד.

171 בועז סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב 127, 181 (תשס"ב).

172 עם זאת, ייתכן שהוראה מעין זו אינה מתאימה למצב חירום קבוע, ולמעשה תהיה מוצדקת ביום שבו דיני החירום בישראל ישחננו, מצב החירום הקבוע יבוטל ויוגבל להכרזות זמניות ומבוססות באירוע חירום יוצא דופן ולא שגרת.

173 Kremnitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 48.

כחלק מהגישה הכללית שאנו דוגלים בה, ולפיה יש לשריין את כל זכויות היסוד – ולמעשה את כל חוקי היסוד – באמצעות רוב מיוחד בכנסת,¹⁷⁴ אנו מציעים לשריין את חוק היסוד הזה ברוב של חברי הכנסת, אף שאנו מודעים לכך שיש בכך חוסר הרמוניה עם אופן שריון חוקי היסוד הקיימים. הפתרון של שריון ברוב מיוחד צריך להיות רוחבי, עבור כל חוקי היסוד, לרבות חוק-היסוד: החקיקה.¹⁷⁵

174 ראו שני, לעיל ה"ש 152.

175 ראו יוחנן פלסנר ויובל שני רפורמה חוקתית לישראל: שיקום האמון בפוליטיקה, חיזוק האדנים החוקתיים 5 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021).

סיכום

בהצעה לסדר זו אנו מציעים לעגן בחוק יסוד את הזכות להליך הוגן. אנו מציעים לעשות זאת בחוק מפורט יחסית, ברוח חלק מההצעות בנושא שנדונו בישראל וברוח חוקות חדשות יחסית בעולם,

כגון חוקות קנדה, דרום אפריקה ופולין. אנו מציעים לעגן כמה עקרונות כלליים החלים בכל הליך שיפוטי, ואף בהליכים מינהליים: הזכות להליך הוגן, זכות הפניה לערכאות, זכויות הקשורות לאופי הערכאה וההליך השיפוטי (כגון בפני בעל סמכות שפיטה בלתי תלוי, בפומבי) וזכות הייצוג. נוסף על כך אנו מציעים לעגן במפורט את הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי.

כפי שהסברנו, העיגון החוקתי נחוץ כדי לחזק את הכבוד של רשויות השלטון לזכות להליך הוגן. לצד זאת, על רשויות השלטון להמשיך ולשקוד על פיתוח החקיקה והפסיקה המפרטות ומגשימות את הזכות להליך הוגן. להלן נוסח הצעת חוק היסוד שאנו מציעים.

הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט

עקרונות יסוד	1.	זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
מטרה	2.	חוק יסוד זה מטרתו להגן על הזכויות של האדם במשפט, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
כשרות משפטית	3.	כל אדם כשר לזכויות, לחיובים ולפעולות משפטיות.

- זכות לפנות לרשויות שיפוטיות
4. לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות.
- זכות להליך הוגן
5. (א) לכל אדם הזכות להליך משפטי הוגן.
- (ב) לכל אדם הזכות לכך שהליך שיפוטי שבו הוא צד ייערך ללא משוא פנים בפני בעל סמכות שפיטה שאין עליו מרות זולת מרותו של הדין, בפומבי, ויסתיים בהחלטה מנומקת וללא שיהוי בלתי סביר.
- (ג) לכל אדם שמתנהל נגדו הליך שיפוטי, שבו עשויה להישלל חירותו במעצר, במאסר, בהסגרה או בכל דרך אחרת, ולבעל דין בכל הליך שיפוטי אחר שעלול לפגוע פגיעה ניכרת בזכות מזכויות היסוד שלו, שאינו מבין את השפה בה מתנהל ההליך - הזכות לעזרת מתורגמן, במימון אוצר המדינה.
- (ד) לכל קטין הזכות שהליך שיפוטי שבו הוא צד יתחשב בגילו ובמידת בגרותו, מתוך שמירה על כבודו ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים.
- (ה) לכל אדם עם מוגבלויות הזכות להתאמות בהליך השיפוטי שבו הוא בעל דין, שיבטיחו נגישות לצדק בפועל בשוויון עם אחרים.
- זכות לייצוג
6. (א) לכל אדם הזכות לייצוג משפטי על פי בחירתו.
- (ב) לכל אדם הזכות לייצוג משפטי במימון אוצר המדינה בהליך פלילי ובהליך שיפוטי אחר שהוא צד לו ושעלול להוביל לפגיעה ניכרת בזכות מזכויות היסוד שלו, והכול אם אין ידו משגת לממן את הייצוג בעצמו ועל פי תנאים שייקבעו בחוק.

- זכות להתגונן מפני אשמה
7. לכל אדם הזכות להתגונן מפני חשד בפלילים או אשמה פלילית שהוטלו בו, ובכלל זה הזכות שיזוהר לפני חקירה כחשוד, הזכות לדעת מהי האשמה שהוטלה בו ברמת פירוט המאפשרת לו להתגונן, הזכות להיות נוכח במשפטו, הזכות להביא ראיות, הזכות לחקירה שכנגד, והזכות שלא יאולץ להעיד נגד עצמו או להודות באשמה.
- חזקת חפות
8. כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא הורשע בדיון.
- הוכחת אחריות פלילית
9. לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה אשמתו האישית מעבר לספק סביר.
- איסור על סיכון כפול
10. אין להרשיע או להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבגיניו הורשע או זוכה בעבר.
- עקרון החוקיות
11. (א) אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פי; אין אדם חייב בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק בשעת המעשה או המחדל, ואין עונשין אדם בעונש חמור מזה שהיה צפוי לו לפי החוק בעת ביצוע העבירה.
- (ב) הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים על עשייתן; ואולם, עונש מאסר שנקבע בתקנה, תקופתו לא תעלה על שישה חודשים, ואם נקבע עונש קנס – לא יעלה שיעורו על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום.
- (ג) תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת.

- זכויות העציר
12. (א) לכל אדם שנעצר הזכות לאלה: שיודיעוהו עם ביצוע המעצר את עילת המעצר; שתימסר מוקדם ככל האפשר הודעה על המעצר לאדם הקרוב אליו; שייפגש ללא דיחוי בלתי סביר עם עורך דין לפי בחירתו ויטייעץ עימו; ושיודיעוהו, באופן המובן לו, על זכויות אלו.
- (ב) אדם שנעצר בשל חשד לביצוע עבירה זכאי להיות מובא בפני רשות שיפוטית לבחינת מעצרו בלא דיחוי.
- זכויות במשמורת
13. מאסר או מעצר של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל שאר זכויותיו.
- הגנה על החיים וכבוד האדם
14. (א) לא יוטל עונש מוות.
- (ב) אין לענות, להעניש או לנהוג באדם באופן אכזרי, בלתי אנושי או משפיל.
- זכות הערעור
15. לבעל דין הזכות לערער על פסק דין של בעל סמכות שפיטה בערכאה ראשונה, זולת על פסק דין של בית המשפט העליון.
- זכות לפיצוי
16. לכל אדם שנשללה חירותו שלא כדין הזכות לפיצוי. תנאים לכך ייקבעו בחוק.
- פגיעה בזכויות
17. 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, ובלבד שלא תיגרע מהות הזכות.
- תחולה
18. כל רשות מרשויות השלטון וכל מי שפועל מטעמה חייבים לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה.

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 ושלא תיגרע מהות הזכות.
20. אין בחוק־יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, עד תום ארבע שנים מיום תחילתו, ואולם כל דין כאמור יפורש לפי רוחו של חוק היסוד.
21. אין לשנות חוק־יסוד זה אלא בחוק־יסוד שנתקבל ברוב של 80 חברי הכנסת.

יציבות
החוק

הוראות
מעבר

נוקשות

ד"ר גיא לוריא הוא עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם הרשות השופטת, היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה, דיני תעמולת בחירות וצנזורה, היסטוריה של המשפט הציבורי והיסטוריה של המחשבה המדינית והאזרחות.

ד"ר עמיר פוקס הוא חוקר בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם ערכים דמוקרטיים וחקיקה אנטי-דמוקרטיה, משפט פלילי, הגות ליברלית ותהליכי חקיקה.

דפני בנבניסטי היא עוזרת מחקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה וסטודנטית לתואר שני במשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מסת"ב:

978-965-519-377-0