



הנדון: תזכיר חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי

התזכיר שבנדון מציע לכונן חוק יסוד חדש שיעגן ברמה העל-חוקית זכויות בתחום ההליך הפלילי: הזכות להליך פלילי הוגן, הזכות לייצוג משפטי בפלילים, עקרונות יסוד באחריות הפלילית, חזקת החפות, הזכות נגד הפללה עצמית, זכויות בהליכי מעצר וחקירה, זכויות של נפגעי עבירה, זכויות כנגד ענישה אסורה, וזכויות של קטינים ושל אנשים עם מוגבלויות בדבר מימוש זכויותיהם אלה.

נתחיל בעיקר: **אנחנו מברכים על קידום חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי.** זה כשלושה עשורים, מאז שנחקקו חוקי היסוד הקודמים שעייגנו זכויות אדם בישראל, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, לא חוקקה הכנסת חוקי יסוד שעסקו בזכויות אדם. היוזמה לכונן את חוק היסוד המוצע היא ברוכה, וכן ראוי כי הכנסת תמשיך ותשלים את מגילת הזכויות של חוקת ישראל המתגבשת. אמנם הזכות להליך הוגן העומדת בבסיס חוק היסוד המוצע הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות בת של הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם עד כה לא הוכר מעמדה החוקתי במפורש בחוק יסוד. על כן, ההגנה החוקתית שזכו לה עד היום הזכויות בחוק היסוד המוצע היא הגנה חלשה, וההדרכה של רשויות אכיפת החוק לשמור על זכויות אלו עמומה. משום כך, אכן נחוץ לעגן במפורש את הזכות להליך הוגן ואת זכויות המשנה שלה בחוק יסוד. (להרחבה ראו: [גיא לוריא, עמיר פוקס ודפני בנבניסטי, חוק יסוד: זכויות במשפט, 2021](#)).

למרות זאת, **אנו סבורים שיש מקום לתקן את נוסח חוק היסוד המוצע בתזכיר שבנדון, משום שהוא צר מדי בהיקף פריסתו בשלושה מובנים עיקריים:** (1) תחולתו בזמן רק על חקיקה שתחוקק בעתיד; (2) תחולתו על התחום הפלילי בלבד; (3) גישה "רזה"

אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר

נשיא

ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

אלי גרון

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי

חן ליכטנשטיין

מזל מעלם

שגיר לשעבר שלי מרידור

פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהיג'א

עו"ד אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי קוצניק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

אליזא אברמס, ארה"ב

שגיר לשעבר מרטיין אינדיק, ארה"ב

אן אפלבוואם, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן בריר, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

פרופ' משה הלבנטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' קרנית פלוג, מחקר

ד"ר ישי ג'סיין פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד

פרופ' תמר הרמן

פרופ' נתן זוסמן (אורח)

פרופ' עמיחי כהן

פרופ' יותם מרגלית

מר אבי ניסנקורן (אורח)

פרופ' דניאל סטטמן

פרופ' בני פורת

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמיניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק כרמון

מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

להיקף חלק מהזכויות. נוסף על כך, אנו סבורים שההגנה החוקתית שמוצע להעניק לזכויות המפורטות היא הגנה חלשה יחסית להגנה החוקתית המוענקת לזכויות אחרות בדין הישראלי.

להלן נפרט על ליקויים אלה.

א. שמירת דינים – תחולה בזמן רק על חקיקה עתידית

1. בתזכיר שבנדון מוצע לקבוע כי חוק היסוד אינו פוגע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו, בדומה להוראת "שמירת הדינים" הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. אנו סבורים שקביעה זו תצמצם עד מאוד את המשמעות המעשית של חוק היסוד המוצע בנדון, וזאת בעוד שאין לקביעה זו הצדקה עקרונית. אנו מסכימים שרצוי לתת למדינה שהות של שנים אחדות לבחון אם יש מקום לתקן את החקיקה הקיימת בתחום הפלילי כדי שתעמוד בדרישות חוק היסוד. אולם אין זה ראוי להעניק לכל החקיקה בתחום הפלילי חסינות מתחולת חוק היסוד המוצע, רק בשל החשש מפני "דיון מחודש בכלל ההסדרים החוקיים שנקבעו בתחום זה" (כאמור בתזכיר). אם ההסדרים האלה אכן קבעו "איזונים קפדניים", כפי שנטען בתזכיר, אין לחשוש מפני דיון שיפוטי נוסף בהם. אם החקיקה הקיימת סותרת את ההוראות המוצעות בחוק היסוד, שנועדו לעגן חוקתית זכויות יסוד של האדם בתחום הפלילי, ואין מקום לשלול אפשרות כזו, אין לה מקום בספר החוקים של מדינת ישראל. יש לזכור את הרקע המיוחד של הפשרה שהוכנסה לחוקי היסוד של 1992, שכללה את שמירת הדינים. מדובר בחשש שהיה אז מפני ערעור איזונים פוליטיים עדינים בהקשר לדת מדינה ולזהותה של המדינה. בניגוד לכך, לנושא של זכויות חשודים והליך הוגן אין הקשר פוליטי רגיש ויש תמיכה פוליטית רחבה בחיזוק ההגנה על זכויות אלה.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

מעבר לכך, בניגוד לעמימות הזכויות שנחקקו אז והחשש שהדבר העלה מפני השלכה לא צפויה על חקיקה קודמת, כאן מדובר בתחום מוגדר וברור. מכאן, שלא להחיל אותו על כל קורפוס החקיקה (ובעיקר חוקי סדר הדין הפלילי וחוק העונשין, אך לא רק הם) שכבר קיים, יהיה בבחינת "מה הועילו חכמים בתקנתם?". שכן, להעביר חוק יסוד המסדיר את הזכויות במשפט הפלילי, באופן חגיגי, אך למעשה להופכו לחוק שכל החקיקה העוסקת בזכויות במשפט הפלילי חסינה מפניו, למעט רפורמות עתידיות יהא בבחינת "ללכת עם ולהרגיש בלי" החותרת במידת מה תחת מטרות החוק. מה-גם ששמירת הדינים עלולה ליצור תמריץ שלילי ביחס לאימוץ רפורמות כאלה ולתיקונים מתבקשים בחקיקה הקיימת.

ב. תחולת חוק היסוד המוצע על ההליך הפלילי בלבד

3. אנו סבורים שזוהי טעות לעגן את הזכות להליך הוגן בהליך הפלילי בלבד, כפי שמוצע בתזכיר שבנדון. הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת אשר צריכה לחול בכל הליך, לרבות בהליכים מנהליים ואזרחיים שהמדינה יוזמת, משום שהסיכון לזכויות האדם בהם לעיתים אינו פחות מהסיכון בהליכים פליליים, וגם בהם חבה המדינה לקיים או להבטיח הליך הוגן (למשל, זכות השימוע במסגרת הזכות להליך מנהלי הוגן או מתן סיוע משפטי במקרים מתאימים). אופייה הרחב והפתוח של זכות המסגרת להליך הוגן מחייב הכללה בחוק היסוד של עיקרון כללי, שינוסח באופן רחב אשר יעגן את הזכות הרחבה הזאת בכל הליך משפטי, ויאפשר את פיתוחה בחקיקה ובפסיקה ואת החלת ההגנה עליה לפי נסיבות שונות ומתוך ראייה רחבה. כך גם נהוג בחוקות רבות.

4. בהמשך לכך, זכויות כגון הזכות לכשרות משפטית, זכות הגישה לערכאות, הזכות להליך מנהלי הוגן, והוראות מוסדיות המגדירות כזכויות את אופי הערכאה (לדוגמה, אי-תלות שיפוטית) ואת אופי הדיון בפניה הן הוראות

הנכונות להליכים משפטיים רבים וחשוב לעגנם בחוק יסוד. ההתמקדות בהליך הפלילי מחמיצה הזדמנות פז לעשות זאת.

5. לשם הדוגמה, אם המדינה מקיימת הליך משמעותי, התוצאות המעשיות מבחינת הנאשם עלולות להיות חמורות לא פחות מאשר בהליך פלילי. האם אין הצדקה להשוות את ההגנה החוקתית על זכויותיו להליך הוגן לזכויות של נאשמים במשפט פלילי? לשם הדוגמה, לפני מספר חודשים התקבל פסק דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם על הפרת הזכות להליך הוגן במשפט, בעקבות הפרת הזכות הזו כלפי עורכת דין בהליך משמעותי שקוים נגדה (בעקבות הפגיעה באי-תלות השופטים). חוק היסוד המוצע בנדון לא יגן על נפגעת שכזו [ראו July Application no. 43447/19 Reczkowicz v. Poland (2021), 22].

6. הגישה הצרה של התזכיר מבחינה זו הנה בעייתית במיוחד על רקע מגמה גוברת של הסטת האכיפה מהאפיק הפלילי לאפיק המנהלי, בין היתר לנוכח הרגולציה המנהלית ההולכת וגוברת, המביאה עימה אכיפה מוגברת. המסלול המנהלי כולל את היכולת להטיל סנקציות שונות, לדוגמה: קנסות, הגבלות תנועה, הריסת מבנים, שלילת רישיונות ועוד. ההצדקה בתזכיר על כך שהחוק "מותיר בידי הנקנס את ההחלטה אם לשלם את הקנס, לבקש את ביטולו או להודיע על רצונו להישפט" אינה משכנעת. להליכים המינהליים – גם אם הם ככלל חמורים פחות מהליכים פליליים – תוצאות חמורות מבחינת הפרט ויש להם מאפיינים הפוגעים בזכותו של הפרט להליך הוגן, שהיא חלק בלתי נפרד מן ההליך המנהלי, ואינה שמורה רק להליך הפלילי (ראו: רון שפירא **מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית**, עמ' 312-313).

7. יתרה מכך, בתחומים אחרים, המערבים הגנה על אינטרסים ציבוריים ואשר מיועדים לשם שמירה על שלטון החוק, המדינה גם מפעילה אכיפה אזרחית על



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

ידי הגשת תביעות אזרחיות, בין אם בהמשך להליך פלילי, ובין אם בלי קשר לכך. גם בהליכים אלה מוצדקת הגנה חוקתית על הזכות להליך הוגן.

ג. גישה רזה להיקף הזכויות המפורטות

8. התזכיר מפגין גישה מצמצמת מבחינת ההיקף של זכויות המפורטות בו. נפרט בקצרה על הנושאים העיקריים:

א. הזכות לייצוג משפטי מוזכרת אך ורק בהיבט אחד של הזכות, החירות להיות מיוצג על ידי עורך דין. אולם אין זכר לזכות שנפוצה בחוקות של מדינות, ואף בנוסחים קודמים של חוק יסוד זה בישראל, של זכות לייצוג המטילה חובה על המדינה לספק ייצוג לאדם שידו אינה משגת לכך, לכל הפחות בהליך הפלילי (ראו: יואב ספיר "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי** 397, 411).

ב. אף שמוצע בתזכיר לקבוע זכות לחזקת חפות, זכויות נוספות הקשורות להליך הפלילי אינן מעוגנות במפורש: הוכחת אשמה מעבר לספק סביר, איסור על סיכון כפול, הזכות להתגונן ולדעת את מהות ועילת האשמה, הזכות לנהל חקירה נגדית, והזכות לכך שההליך הפלילי יהיה מובן בשפתו של העומד למשפט – או שיקבל מתורגמן במימון המדינה.

ג. בזכויות בהליכי מעצר בנוסח חוק היסוד המוצע, לא מוזכרת זכות להודעה על דבר המעצר לקרוב משפחה של העצור, ואין זכר לזכות העצור להיפגש ללא דיחוי עם עורך דין.

ד. בזכות מפני ענישה אסורה בנוסח חוק היסוד המוצע, היה מקום להוריד את המילה "גופני" או להוסיף לצידה את המילה "נפשי", ולהוסיף איסור על עונש משפיל. יש לדעתנו מקום גם לקבוע איסור על הטלת עונש מוות.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

9. לא ברור מדוע נגרע חלקן של זכויות חשובות אלה ומדוע חוק היסוד הישראלי מעניק פחות הגנה לזכויות חשובות אלה בהשוואה לחוקות של דמוקרטיות אחרות.

ד. הגנה חוקתית חלשה לזכויות המפורטות

10. אחת הבעיות החמורות ביותר בתזכיר, לדעתנו, היא ההגנה החוקתית החלשה המוענקת בו לזכויות. לטעמנו, היה מקום להעניק הגנה חוקתית חזקה במיוחד לזכויות אלה, והיינו מציעים ללכת בעקבות מדינות ואמנות בינלאומיות שאימצו גישות האוסרות לחלוטין על פגיעה בזכויות מסויימות או על פגיעה במהות או בליבה של כל הזכויות להליך משפטי הוגן, וזאת באמצעות סיוג פסקת ההגבלה בהתאם.

11. ההגנה החלשה יחסית לזכויות אחרות המעוגנות בחוקי היסוד באה לידי ביטוי בהוראה המפורטת בסעיף 15 בנוסח חוק היסוד המוצע, אשר קובעת כי "בהגנה על זכויות לפי חוק יסוד זה ובמימושן יינתן משקל הולם גם למכלול תכליות ההליך הפלילי, ובכללן שמירה על שלום הציבור וביטחונו האישי של אדם". הוראה זו, שזכר להוראה דומה לה אין בחוקי היסוד האחרים העוסקים בזכויות, תפגע בהגנה החוקתית של הזכויות האלה. אמנם ברור שיש מקום לשקול תכליות אלה, במסגרת התכלית הראויה של חוקים המגבילים זכויות. אך ההוראה המפורשת הזו – שאין צורך בה – עלולה לשדר מסר למחוקק לעתיד לבוא של "הנמכת" החובה להתחשב בזכויות שבחוק היסוד, ותחייב את בית המשפט לצקת לה תוכן ממשי ומשמעות מיוחדת, ובכך עשויה להיפגע ההגנה החוקתית שהוא יעניק לזכויות. לדעתנו, גם כך ההליך הפלילי בישראל בנוי באופן המקדש יתר על המידה את תכלית המאבק בפשיעה, לעתים גם על חשבון ההליך ההוגן. הוראה מעין זו תחזק את המגמה הזו, במקום שתביא לתיקונה באמצעות כינון חוק היסוד.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

12. היה מקום לדעתנו גם לתת ביטוי מפורש בחוק היסוד לזכות לפיצוי של כל אדם שנשללה חירותו שלא כדין.

לסיכום, אנו מברכים על קידומו של חוק היסוד המוצע בתזכיר. אולם דווקא משום שהיוזמה לחוק יסוד: זכויות במשפט היא כה חשובה ומבורכת, חיוני שההזדמנות לעשות מהלך חוקתי משמעותי לא תוחמץ משום שאין הולכים בהצעה את הדרך כולה. אין סיבה שישראל תזדנב בנושא זה אחרי דמוקרטיה אחרות. לדעתנו, יש מקום לתיקון משמעותי שירחיב את היקף תחולתו של חוק היסוד המוצע הן על חקיקה ישנה, הן מעבר לתחום הפלילי, הן בהרחבת היקפן של הזכויות המפורטות בו, והן בהגנה החוקתית שתוענק לזכויות המוצעות.

נציין כי תגובתנו לתזכיר שבנדון מבוססת על מחקר שכתבנו בנושא ופורסם לאחרונה: [גיא לוריא, עמיר פוקס ודפני בנבניסטי, חוק יסוד: זכויות במשפט \(2021\)](#), אשר בו פירטנו כיצד לדעתנו צריך להיראות חוק יסוד זה בהתחשב במצב הקיים בישראל במישור החוקתי ובפסיקה; בהתבסס על ההיסטוריה של ההצעות לעיגון חוק יסוד: זכויות במשפט; ולאור סקירה של חוקות של מדינות אחרות.

בברכה,

ד"ר גיא לוריא

ד"ר עמיר פוקס

המכון הישראלי לדמוקרטיה