

הגנה ראויה על "אנשים לא-נחמדים": הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה

יואב ספיר*

ברשימה זו אני מצביע על שלוש סיבות לכך שזכויותיהם של חשודים ונאשמים חשופות מעצם טבען – ובשל האקלים הפוליטי והחברתי שבו הן פועלות – לפגיעה מתמדת. ראשית, הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים נתפסת כפוגעת ברשויות אכיפת החוק ובמלחמתן בפשיעה. שנית, קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות ייטו לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בשל הקושי שלהם להעמיד את עצמם מאחורי "מסך הבערות" ולנתק את עצמם ממאפייניהם האישיים וממצבם החברתי בטרם יגבשו עמדה בקשר לזכויות אלה. שלישית, נראה שקיים פער בין הדימוי של ההליך הפלילי לבין הדרך שבה הוא מתנהל במציאות. התפיסה הרווחת היא שהמשפט הפלילי שוויוני יותר, הוגן יותר ומוטה יותר לטובת חשודים ונאשמים מכפי שהוא במציאות. תמונה מעוותת זו היא שתהיה לנגד עיניו של הציבור ולנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות לכשיתעורר רצון לפגוע בזכות מסוימת. טעמים אלה מצטרפים לחוסר הפופולריות הכללית של חשודים ונאשמים. בשל פגיעותן הרבה של זכויות של חשודים ונאשמים, יש לעגן במפורש בחוקה. אם אנו סוברים שזכויות מסוימות בהליכים פליליים הן חשובות, יהא זה נכון לעגן זכויות אלה במפורש בחוקה,

* סגן הסנגורית הציבורית הארצית, מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ובפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. הרשימה מכוססת על הרצאה שנשאתי במסגרת הכנס בעניין טיוטת ההצעה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לחוקה בהסכמה שהתקיים באוניברסיטת חיפה (יוני 2006). אני מודה לד"ר אמנון רייכמן על שהזמין אותי לשאת דברים בכנס, ולמשתתפי הכנס על תגובותיהם. תודה לניר שני על העזרה הטובה במחקר. תודה לפרופ' יפה זילברשץ ולפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן על התמיכה ועל מימון המחקר. תודה לליאת הרט, לעורך **משפט וממשל** ד"ר גיא דוידוב ולסגנית העורך עו"ד קרן אניספלר על הערותיהם. ברשימה יש התייחסות לדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט בקשר לפרק על "זכויות במשפט" שבטיוטת החוקה. בחלק מדיונים אלה הופעתי כנציג הסנגוריה הציבורית. האמור ברשימה זו משקף את עמדותיי הפרטיות.

ללא קשר לעמדתנו הכללית בדבר מידת ההפשטה ומידת הבהירות הראויות בחוקה בעניינים אחרים. כאשר מדובר בזכויות בהליך הפלילי, יש לדחות את הגישה הבאה לידי ביטוי בניסוח הפרק העוסק ב"זכויות במשפט" שבטיזוטת החוקה, ואת דברי ההסבר לפרק זה, שלפיהם קיצור ועמימות עדיפים על פירוט ובהירות.

א. פתח-דבר. ב. מינימליזם ועמימות לעומת פירוט ובהירות. ג. הצורך בהגנה חוקתית על זכויותיהם של חשודים ונאשמים: 1. זכויותיהם של חשודים ונאשמים אל מול המלחמה בפשיעה; 2. זכויותיהם של חשודים ונאשמים ומסך הבערות; 3. תדמית המשפט ו"המשפט בפעולה". ד. טיוטת החוקה והבחירה שבין הוראות מפורטות וברורות לבין הוראות כלליות ועמומות. ה. סיכום.

א. פתח-דבר

כשני נושאים אין בכוונתי לעסוק בהרחבה במסגרתה של רשימה קצרה זו. הנושא הראשון הוא עצם ההצדקה להענקתן של זכויות כאלה ואחרות לחשודים ולנאשמים. שאלות כגון אם מוצדק שלחשוד תהיה זכות לשתוק במהלך חקירתו, אם ראוי שהמדינה תממן סנגור למי שידו אינה משגת לעשות זאת בעצמו או אם יש להעניק זכות לנאשם להתעמת עם עדי התביעה – הן שאלות נכבדות שכבר נכתבו עליהן תילי-תילים. אין בכוונתי להתעמת במסגרת רשימה זו עם מי שסבור כי אין זה ראוי להעניק זכות פלונית. הנושא השני שבו לא אוכל להתמקד ברשימה זו הוא השאלה אם ככלל יש לנסח חוקה מתוך שאיפה לפירוט ולבהירות או שמא הקיצור והעמימות עדיפים עליהם. טענתי המוגבלת במסגרת זו היא שככל שאנו סבורים כי זכויות מסוימות של חשודים ונאשמים בהליכים פליליים הן חשובות, יהא זה נכון לעגן זכויות אלה במפורש בחוקה, ללא קשר לעמדתנו הכללית בדבר מידת הפירוט והבהירות הראויה בחוקה בעניינים אחרים. לדוגמה, אין בכוונתי לנסות לשכנע במסגרת רשימה זו כי יש לאסור הטלת עונש מוות. הוויכוח בין המצדדים בעונש מוות לבין המתנגדים לו הוא ויכוח פילוסופי-מוסרי ופוליטי החורג מענייננו כאן. טיעוני הוא שאם אנו סבורים כי אי-אפשר להצדיק עונש מוות, אזי מן הראוי להכליל איסור מפורש כזה בחוקה. במילים אחרות, ברצוני לצאת נגד התפיסה – שבאה לידי ביטוי בדרך שבה נוסח הפרק העוסק ב"זכויות במשפט" אשר בהצעת החוקה – שלפיה ככל שייכללו בחוקה פחות זכויות של חשודים ונאשמים כן ייטב.

בריוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט ניתן לזהות שתי גישות עיקריות בקשר לניסוח הזכויות. על-פי הגישה הראשונה ("גישת החוקה הרזה"), גם זכויות שקיימת הסכמה רחבה באשר לחשיבותן אין צורך לכלול במפורש בחוקה, אם הן נובעות מזכויות שלגביהן אין מחלוקת בדבר ההצדקה לעיגונן בחוקה, כגון הזכות לחירות, לכבוד או

להליך ראוי. על-פי הגישה השנייה ("הגישה המרחיבה"), קיימת חשיבות אדירה לעיגון בהיר, מפורט ומפורש של הזכויות החוקתיות, ועל-כן אם אנו סבורים כי מדובר בזכויות ראויות וחשובות, יש לקבוע אותן במפורש בחוקה, ולא להסתפק באמידות כלליות על הזכות ל"הליך ראוי". ברשימה זו בכוונתי להבהיר מדוע בהקשר הספציפי של זכויותיהם של חשודים ונאשמים הגישה השנייה עדיפה על הראשונה. העדפה זו נובעת מאופיין ומתפקידן של זכויותיהם של חשודים ונאשמים, ומהאקלים הפוליטי והחברתי המיוחד שבו הן פועלות. אף שלשתי הגישות היה ביטוי בדיוני הוועדה, לא התקיים דיון ישיר ועקרוני בשאלה איזו מהן עדיפה בהקשר של המשפט הפלילי. ואף-על-פי שלא התקבלה הכרעה בעד או נגד אחת הגישות, דווקא הגישה הראשונה – העדיפה פחות – היא שמצאה ביטוי בולט יותר בניסוח הסופי של טיוטת החוקה ובדברי ההסבר לה.

ב. מינימליזם ועמימות לעומת פירוט ובהירות

השימוש בחוקות לצורך הגבלת המחוקק מפגיעה בזכויות הפרט מוכר לנו זה מאות שנים. דיונים ארוכים התנהלו בשאלה אם יש להגן על זכות פלונית באמצעים חוקתיים אם לאו. עם זאת, נראה שהדיון בשאלה התיאורטית הכללית אם יש לנקוט גישה מינימליסטית ולעגן בחוקה עקרונות מעטים ועמומים, או שמא יש להכליל בחוקה רשימה מפורטת ובהירה של זכויות, הוא דל יחסית.¹ יתרה מזו, אין כמעט ניסיון בספרות האקדמית לחלק באופן שיטתי את מגוון הנושאים שהזכויות הפוטנציאליות עוסקות בהם לכאלה המצדיקים פירוט ובהירות לעומת כאלה המצדיקים קיצור ועמימות.

הנחת-המוצא של כל המשתתפים בדיון האקדמי בסוגיה זו היא שאין בכוחה של החוקה להגביל את המחוקק הרובני הגבלה מוחלטת. תמיד יהיה מתחם שבו יוכל המחוקק הרובני לפעול, והחוקה היא שמגדירה את המתחם הזה ואת מידותיו. השאלה היא אם ראוי להגדיר מתחם זה בצמצום או בהרחבה. הספרות הקיימת מדגישה את היתרונות והחסרונות של כל אחת מהגישות.² מן הצד האחד, נראה שאין מנוס ממידה מסוימת של עמימות. העובדה שחוקה עוסקת בדרך-כלל בעקרונות-יסוד, והצורך להגיע לפשרות ולהסכמה רחבה בין בעלי עמדות שונות בעת כינונה של חוקה, הם נימוקים מקובלים בזכות העמימות ובגנות הפרטנות. הרט סובר כי לעמימות יש

¹ הספרות עוסקת בהרחבה בשאלות קשורות (אך לא זהות) בדבר תפקידו של בית-המשפט וכיצד עליו לפרש את הוראות החוקה.

² דאן, למשל: MARTIN (1966); KENNETH C. WHEARE, MODERN CONSTITUTIONS 44–51 (1966); H. REDISH, THE CONSTITUTION AS POLITICAL STRUCTURE 60 (1995); ANDRÁS SAJÓ, LIMITING GOVERNMENT: AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONALISM 286–292 (1999); RETT R. LUDWIKOWSKI, CONSTITUTION-MAKING IN THE REGION OF FORMER SOVIET DOMINANCE 195 (1996).

יתרונות בולטים מכיוון שלעולם אי-אפשר לצפות קשת של מקרים קשים שיזמן העתיד. על-כן, לדעתו, עדיף להשאיר את ההכרעות באותם מקרים בלתי-צפויים לעתיד.³ קרדוזה ביטא רעיון זה יפה בהדגישו את הגמישות הרצויה של החוקה, אשר הנורמות הכלולות בה אינן "rules for the passing hour", אלא –

...principles for an expanding future. Insofar as it deviates from that standard, and descends into detail and particulars, [a constitution] loses its flexibility, the scope of interpretation contracts, the meaning hardens. While it is true to its function, it maintains its power of adaptation, its suppleness, its play.⁴

מן העבר האחר, יש המדגישים את חסרונותיה של העמימות ואת היתרונות של ניסוח מפורט ושל שימוש בלשון ברורה. ד"ר גזעון ספיר, למשל, טוען כי פרטנות ובהירות בהגדרתן ובעיגונן של זכויות בחוקה מספקות איזון נכון בין מעורבות שיפוטית לבין הכרעת הרוב. יתרון נוסף, לדעתו, הוא שחוקה בהירה ומפורטת, דוגמת החוקה הגרמנית, מחייבת מידה פחותה של פעילות פרשנית בהשוואה לחוקות קצרות ומרוכזות, דוגמת החוקה האמריקאית. לדעתו, על-אף החשיבות שבהשתתפותם של שופטים בשיח החוקתי, "הסדר הנכון של הדברים הוא ששאלות חוקתיות יידונו ויוכרעו תחילה על-ידי הציבור הרחב, ויעוגנו בצורה ברורה ומפורשת במסמך החוקתי בטרם יגיעו אל שולחנו של בית-המשפט."⁵

כאמור, תמיד יישאר מרווח פעולה למחוקק, ותמיד יהיה מרווח פרשני לבתי-המשפט, שיגדירו את מרווח הפעולה של המחוקק. קביעת מרחב הפעולה של המחוקק העתידי על-ידי שופטים ממונים נתפסת כבעייתית מבחינה דמוקרטית.⁶ חשוב להבין

³ ראו: HERBERT L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 129–130 (1961). דבריו של הרט מתקשרים לדיון – החורג מהדיון בחוקה דווקא – באשר לשימוש בכללים או בסטנדרטים. ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 329–325, 321 (1987); Pierre J. Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985).

⁴ BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 83–84 (1968).
⁵ גזעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 461, 492 (2003).
⁶ מן הטעם הזה מבקר ג'רמי וולדרון בחריפות את הרעיון של מגילת זכויות משוריינות המגובה על-ידי ביקורת שיפוטית על דברי הקיקה: Jeremy Waldron, *Book Review*, 90 J. OF PHILOSOPHY 149, 153 (1993) (reviewing Bruce Ackerman's WE THE PEOPLE: "Even if one concedes the superior authority of Ackerman's higher law making, one is left unsure why it should be the special function of the courts to interpret that legislation. Judicial review becomes politically most important in cases where citizens disagree among themselves about the best way of

שחוקה עמומה יותר אינה משאירה בהכרח שיקול-דעת רחב יותר למחוקק העתידי. חוקה עמומה תעביר את ההכרעה לבתי-המשפט, וכך ההגנה על הזכויות החוקתיות תיהפך לבלתי-צפויה ולתלויה בהרכב בית-המשפט. ככל שהחוקה ברורה יותר, היקף ההגנה ברור יותר ותלוי פחות בבתי-המשפט.⁷ יוצא, אם כן, שחוקה מפורטת מקטינה את "הקושי האנטי-רובני" (בלשונו של ביקל) שברעיון החוקתי.⁸ ברשימה קצרה זו ברצוני להצביע על טעמים אחדים שבגינם, כאשר מדובר בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, ידם של הטיעונים התומכים בפירוט ובהגדרה מדויקת של הזכויות במסמך החוקתי על העליונה. הטיעונים התומכים בעמימות חוקתית מאבדים מכוחם כאשר מדובר בהקשר הפלילי. אכן, ייתכן שיהיה קשה להגיע להסכמה רחבה באשר לכללים קונקרטיים, אך ככל שהסכמה כזאת אפשרית, מן הראוי לעגנה בחוקה. הקושי לצפות קשת של מקרים עתידיים בהקשר של המשפט הפלילי תומך דווקא בעיגון מלכתחילה של הכללים המגדירים את גבולות הכוח של רשויות אכיפת החוק, על-מנת שכללים אלה לא יוכתבו על-פי מקרה פלילי קונקרטי שיזעזע את הציבור ואשר לא תהיה למחוקק כל אמפתיה כלפי החשוד או הנאשם בו.

understanding some constitutional provision... it is unclear why any particular interpretation of that heritage should be able to trump any other simply because it is endorsed by five judges out of nine"); Jeremy Waldron, *A Right Based Critique of Constitutional Rights*, 13 OXFORD J. LEGAL STUD. 18, 42 (1993) ("A proposal to establish a Bill of Rights to Britain, judicially interpreted and enforced, is a proposal to institute a similar situation: to allow in effect routine constitutional revision by the courts and to disallow routine constitutional revision by Parliament... this arrogation of judicial authority, this disabling of representatives institutions, and above all this quite striking political inequality, should be frowned upon by any right-based theory that stresses the importance of democratic participation on matters of principle by ordinary men and women"); JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 119-223 (1999) ("To think that a constitutional immunity is called for is to think oneself justified in disabling legislators in this respect (and thus, indirectly, in disabling the citizens whom they represent)");

Michael J. Perry, *What is "the Constitution"?* (and Other Fundamental Questions), in *CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS* 99, 112-131 (Larry Alexander ed., 1998).

ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962)

ג. הצורך בהגנה חוקתית על זכויותיהם של חשודים ונאשמים

בשנת 1950 העיר השופט פליקס פרנקפורטר (Frankfurter), אגב נסיונו לחייב את המשטרה להוציא צווים שיפוטיים לצורך חיפוש במקום עסקו של מי שנעצר, כי בדרך-כלל אלה שמנסים לגייס לעזרתם את זכויות האזרח הם אנשים "לא מאוד נחמדים".⁹ אמרתו של השופט פרנקפורטר מבהירה מדוע יש לעגן את זכויות האזרח בחוקה. הרוב הדמוקרטי ייטה בקלות רבה לפגוע בזכויות הנתפסות כזכויותיהם של אנשים לא-נחמדים. הרבר נכון במיוחד כאשר מדובר בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. הגנה על אלה מעולם לא הייתה פופולרית, וככל הנראה גם לעולם לא תהיה. יתרה מזו, חשודים ונאשמים נתפסים כ"אחרים", אשר הרוב בחברה מגדיר את עצמו לעומתם. כפי שהראה מישל פוקו, בחברה המודרנית "עבריינות" נהפכה לחלק מהזהות הפתולוגית של הסובייקט, למרכיב באישיותו. ה"עבריינין" אינו אדם רגיל שעבר על החוק, אלא אדם בעל מאפיינים אישיותיים מיוחדים (delinquent) – איום תמידי שצריך להוציאו אל מחוץ לחברה, לשלוט בו ולפקח עליו.¹⁰ ממילא הנכונות להגן על זכויותיהם של אנשים אלה, כאשר כנגדה ניצב הפחד מפניהם והרצון הציבורי להילחם בהם, אינה גבוהה.¹¹

לחוסר הפופולריות הכללית של חשודים ונאשמים בפלילים מיתוספות שלוש סיבות עיקריות שמגבירות את הרצון לפגוע בזכויותיהם: הראשונה היא התפיסה הרווחת כי הגנה על חשודים ונאשמים תפגע ביכולתן של הרשויות להתמודד עם בעיית הפשיעה ולהבטיח את בטחון הציבור; השנייה היא העובדה שרוב הציבור ומקבלי ההחלטות שבו מניחים כי הם או הקרובים אליהם לא ייזקקו להגנה על זכויות אלה; והסיבה השלישית קשורה לפער בין תדמיתו של המשפט הפלילי לבין מאפייניו במציאות היומיומית.

1. זכויותיהם של חשודים ונאשמים אל מול המלחמה בפשיעה

התפיסה הרווחת היא שהמחיר החברתי של ההגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים הוא גבוה. מחיר זה מתבטא בעיקרו בפגיעה ביעילותה של מערכת אכיפת החוק. זכויות האזרח מטילות הגבלות ומכבידות על רשויות אכיפת החוק בנסיונן לפענח עבירות ולמנוע אותן, להביא את האשמים לדין ולהענישם. סביר להניח שאילו יכלה המשטרה להתקין האזנות-סתור כראות עיניה, לחפש בבתיהם ועל גופם של חשודים ללא הגבלה ולעצור אנשים מבלי שתהיה ביקורת שיפוטית יעילה על כך, היה לה קל יותר למנוע

⁹ United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56, 69 (1950).

¹⁰ MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH 257-292 (Alan Sheridan tran., 1977).

¹¹ BERNARD E. LANTIERO, POLICING THE FALSE PROMISE OF BROKEN WINDOWS: ILLUSIONS OF ORDER: THE FALSE PROMISE OF BROKEN WINDOWS. POLICING 127-180 (2004).

ולפענח פשעים. אילולא הייתה התביעה חייבת להוכיח את אשמתו של אדם מעבר לספק סביר, ואילולא הייתה לנאשם זכות להתגונן בעזרת עורך-דין ולחקור בחקירה נגדית את עדי התביעה, סביר להניח שהיה קל יותר וזול יותר להרשיע נאשמים. הגבלת העונשים שניתן להטיל על מי שביצע עבירות פוגעת, לפי תפיסה זו, ביכולת להרתיע מבצעי עבירות פוטנציאליים. ככל שאנו מגינים יותר על זכויותיהם של החשודים והנאשמים, אנחנו פוגעים במלחמה בפשיעה.

ביטוי לתפיסה זו ניתן למצוא במאמרו הקלסי של הרברט פקר על שני המודלים של הפרוצדורה הפלילית.¹² לפי פקר, כל כלל שאנחנו בוחרים באשר לסדר הדין הפלילי נמצא על הרצף שבין שני מודלים אידיאליים:¹³ "מודל ההליך הראוי" (Due Process Model) ו"מודל השליטה בפשיעה" (Crime Control Model). לפי המודל השני, המטרה החשובה ביותר של הפרוצדורה הפלילית היא מלחמה בפשיעה ושמירה על הסדר הציבורי. מערכת אכיפת החוק צריכה לייצר כמות גדולה של מעצרים, הרשעות ועונשים, תוך שימת דגש ביעילות, במהירות ובסופיות. לפי מודל זה יש לתת סמכויות וכוחות נרחבים למשטרה ולתביעה. לעומת זאת, מודל ההליך הראוי מתרכז בזכויות הפרט ובהגבלות שיש להטיל על כוחן וסמכויותיהן של רשויות המדינה. בשל העובדה שהמשפט הפלילי משמעותו הפעלת כוחה הכופה של המדינה על הפרט, ומכיוון שבכל מקום שיש בו כוח יש גם פוטנציאל לניצול לרעה של אותו כוח, על ההליך הפלילי להטיל הגבלות על כוח זה. מודל ההליך הראוי מעדיף פגיעה ביעילותה של המלחמה בפשיעה על טעויות בתוצאות ההליך. לפיכך במודל זה יש מקום של כבוד לחזקת החפות ודאגה לכך שגם חסרי האמצעים יוכלו לממש את זכויותיהם.

תפיסתו של פקר אינה חסינה מפני ביקורת. ניתן לטעון שחלק גדול מזכויותיהם של החשודים והנאשמים נועדו להבטיח שדווקא האשמים יהיו אלה שיובאו לדין וייענשו. למשל, זכות השתיקה נועדה למנוע הודאות-שווא, הזכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית נועדה לחשוף עלילות-שווא, והזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין משמשת מכשול בפני עיוותי דין הנובעים מהעדר שוויון בין הצדדים בשיטה האדוורסרית. אם כך הדבר, אזי לפחות חלק מזכויותיהם של החשודים והנאשמים וההקפדה על "הליך ראוי" לא רק שאינן פוגעות באכיפת החוק, אלא אף משרתות אותה, בכך שהן מגדילות את הסיכוי שהאנשים שיילכדו ברשתה של מערכת אכיפת

¹² Herbert L. Packer, *Two Models of Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964).

¹³ הכוונה ל-ideal types במובן הוובריאני – לא מודלים "אידיאליים" במובן שעלינו לשאוף אליהם, אלא תבניות חשיבה שכעזרתן ניתן לתפוס את מורכבותה של המציאות תוך השוואת התופעות שבמציאות אל הטיפוסים ה"טהורים". ראו: Max Rheinstein, *Introduction, in MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY* (Max Rheinstein ed., 1954).

החוק יהיו האנשים הנכונים.¹⁴ על כל פנים, התפיסה הרווחת היא שככל שנעניק זכויות רבות יותר לחשודים ולנאשמים כן נצר את צעדיהן של רשויות אכיפת החוק ונפגע ביכולתן להתמודד עם הפשיעה. מכאן קצרה הדרך – בעיקר בתקופות שקיימת בהן עלייה בפשיעה או במודעות לפשיעה – לקשור בין הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים לבין פגיעה בבטחון הציבור. תחושה של הציבור כי הביטחון האישי נפגע, אף אם היא אינה מעוגנת במציאות,¹⁵ ופחד מפני פשיעה מתורגמים עד-מהרה על-ידי פוליטיקאים להצעות להחמיר עם חשודים ונאשמים ולפגוע אגב כך בזכויות האזרח.¹⁶ הניסיון מלמד שגם שופטים אינם חסינים מפני ההשפעה של דעת הציבור והרצון לחזק את "המלחמה בפשיעה". אם במסגרת מלחמתו בפשיעה בחר המחוקק בדרך מסוימת שאינה אסורה באופן מפורש בחוקה, ייטה בית-המשפט לאשרה. כדבריו של סג'ו:

Fundamental rights are most efficient where they are expressed as specific commands, binding all governmental entities, like the one that prescribes within how many hours a person arrested should be taken before a judge.

¹⁴ ביקורת חשובה אחרת על פקד קשורה למוחלטות של תפיסתו ולכך שאין היא מאפשרת מחשבה על מודלים שאינם מושתתים על "קרוב" בין המדינה לבין מי שביצע עברה. ראו: John Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure or a Third "Model" of the Criminal Process*, 79 YALE L.J. 359 (1970).

¹⁵ לאחרונה מתרבים הדיווחים בישראל על "הפשיעה המשתוללת" ו"האלימות הגואה". ניתן למצוא שימוש ברטוריקה זו גם בטיעוניהן של רשויות התביעה כבתי-המשפט ובפסקי-דין. בירוד המצב העובדתי מעלה כי אין ראיות המצדיקות את מה שנראה כפניקה ציבורית. ככל שניתן למצוא נתונים, ניתן לראות דווקא מגמה של ירידה ברמת הפשיעה בכלל ובפשיעה החמורה והאלימה בפרט. ראו, למשל, משטרת ישראל **הפשיעה בישראל – 2005** (2005) www.police.gov.il/statistica_umipui/statistica/xx012005bbd_stat.asp#.

¹⁶ כך, למן שנות השבעים נהפכה בארצות-הברית המדיניות של "tough on crime" לפלטפורמה פוליטית מרכזית. מדיניות זו באה לידי ביטוי בפגיעה מסיבית בזכויותיהם של חשודים ונאשמים ובהחמרה משמעותית בענישה שהפכה את ארצות-הברית לשיאנית הכליאה העולמית. ראו, למשל: MORTON J. HORWITZ, *THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE* 95–96 (1998). עוד ראו את ספרו של HARCOURT, לעיל ה"ש 11. גם בארץ ניתן לזהות מגמה דומה, שבאה לידי ביטוי הן בשיח הציבורי והפוליטי והן בהצעות חקיקה. ראו, למשל, את תוכניתו הפופולרית של חיים הכט, "הקרב על הבית", ששודרה בערוץ 2. בבחירות האחרונות חרתו מפלגות אחדות על דגלן את ה"מלחמה בפשע המשתולל ברחובות". מפלגת השלטון כתבה במצעה כי "תופעת האלימות צריכה להיעקר מהשורש ללא סלחנות וללא רחמים". התמיכה בהצעת החוק להבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה מוסכרת בצורך "להתאים את העונשים לחומרת העבירה וליצור ענישה מרתיעה". ראו את מצעה של מפלגת "קדימה" כפי שמופיע באתר האינטרנט של המפלגה – www.kadimasharon.co.il/171-he/peula.aspx.

While it is hard to dispute what amounts to twenty-four hours, it is a matter of judgment (sometimes hysterical) what can be considered a "fair" criminal trial and, from the point of view of "public safety", to what extent it can be restricted.¹⁷

2. זכויותיהם של חשודים ונאשמים ומסך הבערות

הסיבה השנייה לנכונות לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי קשורה לכך שהנטלים המוטלים על האזרחים בשל פעולותיהן של רשויות אכיפת החוק אינם מתחלקים באופן שווה בין הפרטים בחברה. רוב אלה שנמצאים בצמתים המרכזיים של קביעת הכללים (הכוונה בעיקר למחוקקים ולשופטים) מתקשים לראות את מחירה הכבד של פגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים. הרוב הגדול של נתיניה של מערכת המשפט הפלילי באים מהשכבות החלשות ביותר בחברה: עניים, בני מיעוטים, חולי-נפש, מכורים לסמים ולא־לכוהול, מהגרי-עבודה, חסרי-בית ואחרים הנמצאים בשולי החברה.¹⁸ קובעי הכללים, לעומת זאת, חיים במציאות אחרת: לעיתים נדירות, אם בכלל, הם נתקלים בשוטרים המבקשים לערוך חיפוש על גופם; והשאלה אם אדם ישהה במעצר עשרים וארבע שעות או ארבעים ושמונה שעות בטרם יובא לפני שופט, למשל, אינה רלוונטית בדרך-כלל לחייהם או לחיי קרוביהם ומכריהם. במונחים רולסיאניים, קובעי הכללים מתקשים לשים את עצמם מאחורי "מסך הבערות" ולדמיין שהם עצמם עלולים להיות זקוקים להגנת זכויותיהם של חשודים או נאשמים.¹⁹

אכן, אחת ההצדקות החזקות להטלת הגבלות חוקתיות על מחוקקים עתידיים היא מניעת החלטות שהרוב לא היה מקבל אילו נמצא מאחורי "מסך בערות" רולסיאני. עמד על כך גם פרופ' רון שפירא. בלשונו, "...המשפט החוקתי נועד למנוע החלטות רוב אופורטוניסטיות – כאלו המתקבלות לאחר שלמצביעים ברור שההחלטה פועלת לטובתם ונגד אחרים".²⁰ ככל שהגבלות החוקתיות מפורשות וברורות יותר כן יהיה

¹⁷ SAJÓ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 289.

¹⁸ ראו, למשל, את המאמרים בנושא זה בספר: FROM SOCIAL JUSTICE TO CRIMINAL JUSTICE: POVERTY AND THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL LAW (William C. Heffernan & John Kleinig eds., 2000). לסקירה וביקורת ראו: Yoav Sapir, *Book Review: From Social Justice to Criminal Justice – Poverty and the Administration of Criminal Justice*, 5 PUNISHMENT & SOC'Y 131 (2003).

¹⁹ לפיתוח הרעיון של "מסך הבערות" כאמת-מידה פרוצדורלית המאפשרת קביעת עקרונות של צדק ראו: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 136–142 (1971).

²⁰ רון שפירא "כלל הפסלות הישראלי ועיגונו במשפט החוקתי", הרצאה במסגרת הכנס בעניין טיוטת ההצעה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לחוקה בהסכמה שהתקיים באוניברסיטת חיפה (יוני 2006). פרופ' שפירא סבור אף הוא שכאשר מדובר במשפט הריוני הפלילי, קיים חשש המור של אופורטוניזם חיקתי המצדיק התערבות חוקתית. נקודת-

להן כוח רב יותר לצמצם חקיקה עתידית לא-הוגנת שאינה עולה בקנה אחד עם אמות-המידה של צדק רולסיאני.

3. תדמית המשפט ו"המשפט בפעולה"

סיבה שלישית לנכונות לפגוע בקלות יחסית בזכויותיהם של חשודים ונאשמים נושאת אופי ספקולטיבי מסוים, ואי-אפשר להוכיחה במסגרת רשימה קצרה זו. מדובר בחוסר המירע של הציבור בכלל ושל מחוקקים בפרט באשר להתנהלותו של התליך הפלילי, ובפער בין התדמית של המשפט הפלילי לבין "המשפט בפעולה" (law in action).²¹

המחלוקת שלי עם פרופ' שפירא היא שבעוד הוא סבור כי במשפט הפלילי המהותי חשש זה פחות ("פחות ברור מדוע החלטות-רוב באשר למשפט פלילי מהותי חשודות כאופורטוניסטיות. מדוע שהרוב בפרלמנט יסברו שקביעת עבירה חמורה שאין בה יסוד מחשבה פלילית, למשל, היא סיכון שהם השופים לו פחות מאחרים?"). אני סבור שאין זה כך, ושהחשש משמעותי גם כאשר מדובר במשפט פלילי מהותי. אכיפת המשפט הפלילי היא לעולם ברירנית (סלקטיבית). הסיכון שעברות פליליות עמומות – כגון "שוטטות", "תקלה ציבורית" או אף "החזקת נכס החשוד כגנוב" ו"החזקת כלי פריצה" – ייאכפו נגד שכבות האוכלוסייה שהמחוקקים והשופטים משתייכים אליהן הוא מזערי, אף אם אין זה מופרך לחשוב שמבחינה פורמלית גם מי שמשתייך לשכבות אלה עובר מדי פעם על חוקים מעין אלה. לפיכך איסור הוקתי נגד חקיקה פלילית עמומה מוצדק במונחים רולסיאניים. הדבר נכון בוודאי באשר להטלת איסור על קביעת "עברות סטטוס", אשר מעצם טבען מופנות כלפי אוכלוסיות חלשות וחסרות השפעה, כגון המכורים לסמים. איסור ענישה אכזרית ולא-פרופורציונלית מהווה גם הוא דוגמה להגבלה חוקתית מוצדקת מנקודת-מבט זו. סביר להניח שמקבלי החלטות העתידיים לא ישתייכו לקבוצה שחבריה עומדים בסיכון משמעותי שיוטל עליהם עונש כזה.

²¹ הפער שאני מתכוון אליו הוא הפער בין תודעה לבין מציאות. בספרות התיאורטית של אנשי הניתוח הביקורתי של המשפט מקושר פער זה עם "אפקט הלגיטימציה". ראו: DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION 236–263 (1997); MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 269–295 (1987); Robert Gordon, *New Developments in Legal Theory*, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 281 (David Kairys ed., 1982). מדובר בפער רחב יותר מהפער בין "משפט בפעולה" לבין "משפט עלי ספר" (law in books) שבו עסקה תנועת הריאליזם המשפטי האמריקאי. למעשה, הפער שבין "משפט בפעולה" לבין "משפט עלי ספר" מהווה רק חלק מהפער שבין תודעה למציאות, שכן קיים גם פער בין התודעה לבין "המשפט עלי ספר". מקורו של הביטוי "משפט בפעולה" הוא מתורת המשפט הסוציולוגית (Sociological Jurisprudence) של רוסקו פאונד – ראו: Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AMER. L. REV. 12 (1910). בהכלילי את רוסקו פאונד בריאליזם המשפטי, אני הולך בעקבות הגישה המגדירה את התנועה בהרחבה. ראו: MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870–1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY 182–183 (1992).

במקום אחד תיארתי פער זה בהרחבה, והדגמתי אותו בהקשר של זכות הייצוג.²² מדובר בתופעה משמעותית שאי-אפשר להתעלם ממנה, אך אם לא פשוט להוכיחה. רק לשם המחשה, אומר שלהערכתי אין מודעות מספקת לאחוז ההרשעות הגבוה במשפט הפלילי,²³ אין הבנה באשר לאופי הרטורי בעיקרו של הביטוי "מעבר לספק סביר",²⁴ ואין מודעות לעובדה כי ניתן להרשיע אדם על-סמך עדות יחידה או ראיות נסיבתיות וכי בתי-המשפט נוהגים לעשות כן כעניין שבשגרה;²⁵ נראה כי הציבור נוטה לחשוב שאנשים מתחמקים מאחריות פלילית בשל "כללים טכניים" פעמים רבות יותר מכפי שאכן קורה;²⁶ כמו-כן קיים פער בין התחושה הרווחת שלפיה בתי-המשפט מקילים עם

²² YOAIV SAPIR, THE RISE (AND FALL?) OF PUBLIC DEFENCE IN ISRAEL: RAOV LEGITIMATION, INSTITUTIONALIZATION AND DERADICALIZATION (S.J.D. Dissertation, Submitted to the Graduate Committee of Harvard Law School, 2004)

²³ על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה היה שיעור הזיכויים בארץ בשנת 2003 0.2%, כלומר, רק שני אנשים מכל אלף שניתן פסק-דין בעניינם זוכו. שיעור זה נשמר גם בשנת 2004. יש להתייחס לנתונים אלה כזהירות רבה. שכן הם אינם כוללים זיכויים חלקיים, חזרות מכתב-אישום והסדרי טיעון הכוללים הפחתה באישומים, ובכל-זאת מדובר בנתון מדאיג ביותר. במיוחד מראיגה הירידה הדרמתית בשיעור הזיכויים: 30.5% בשנת 1951, 20.6% בשנת 1960, 13.3% בשנת 1970, 7.66% בשנת 1980, 4.6% בשנת 1990, 2.6% בשנת 2000. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הרשעות במשפטים פליליים על עבירות רציניות, לפי תכונות נבחרות" השנתון הסטטיסטי לישראל 2006 (2006) www1.cbs.gov.il/shnaton57/st11_03.pdf

²⁴ ראו: Patricia M. Wald, *Guilty Beyond a Reasonable Doubt: A Norm Gives Way to the Numbers*, 1993 U. CHI. LEGAL F. 101 ("Reasonable doubt standard is essentially irrelevant to the everyday workings of the criminal justice system")

²⁵ יתרה מזו, בעשורים האחרונים הוסרו מחסומי קבילות רבים. דוגמה בולטת לכך היא הקביעה כי ניתן להרשיע אדם על-סמך אמונה שנתן עד מחוץ לכותלי בית-המשפט (ס' 10 א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, ס"ח 421; להלן: פקודת הראיות). חל גם כרוסום בכללי דיות הראיות: ניתנה אפשרות להרשיע בעברות מין על-סמך עדות יחידה, ונקבע כי ניתן להסתפק בתוספת ראייתית נמוכה מסוג "חיזוק", לעומת "סיוע" שהיה דרוש בעבר לצורך הרשעה על בסיס עדותו של שותף לדבר עברה (ס' 54 א לפקודת הראיות). גם בתחום סדרי הדין חלו שינויים בכללים ותיקים שנועדו להבטיח לנאשם משפט הוגן ולמנוע הרשעות-שווא. כך, למשל, הורחבה האפשרות של עדי תביעה להעיד לא לפני הנאשם (ראו, למשל, חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, ס"ח 42). דוגמה בולטת מהעת האחרונה לשינוי פרוצדורלי הפוגע בנאשמים היא ביטולה של "הלכת קינזי" בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי באר-שבע, פדאור 22)06 (2006) 814.

²⁶ כידוע, במציאות של המשפט הישראלי לא הייתה עד לאחרונה לבית-המשפט סמכות לפסול ראיות שהושגו בדרכים לא-חוקיות, למעט במקרים חריגים ומצומצמים עד-מאור (ס' 12 לפקודת הראיות; ס' 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118; ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128). כלל הפסלות שנקבע לאחרונה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פדאור 9)06 (9) 626 (2006), הוא מצומצם

המורשעים לבין העלייה הדרמתית שהתרחשה בפועל ברמת הענישה.²⁷ התנסות אישית או התבוננות מקרוב על מערכת המשפט הפלילי משנה את העמדות כלפיה. מחקרים מראים כי רמת האמון במערכת של אלה המשתייכים לקבוצות האוכלוסייה שרוב החשודים והנאשמים מגיעים מהן נמוכה מרמת האמון שהציבור בכללותו רוחש למערכת.²⁸

נראה כי המחקר והכתיבה בתחום של חשיפת הפער בין תודעה למציאות במשפט הפלילי מצויים בישראל בשלבים התחלתיים בלבד. יש לקוות כי מחקר זה יתרוב ויעמיק. על כל פנים, אם האינטואיציה, הניסיון והמחקר המוגבל שנעשה עד כה אינם

ויחסי, וספק רב אם תהיה לו השפעה מרחיקת-לכת. ראו שפירא, לעיל ה"ש 20; בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" (צפוי להתפרסם במשפט וצבא). המחשבה כי אשמים מתחמקים מאחריות בשל "עניינים טכניים" פעמים רבות יותר מכפי שהדבר אכן מתרחש במציאות נכונה ככל הנראה גם למערכת המשפט הפלילי האמריקאית, שבה קיים כלל פסלות רחב יותר אך מרובה בחריגים. ראו: Carol S. Steiker, *Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers*, 94 MICH. L. REV. 2466 (1996).

²⁷ ניתן לערוך מחקר לגבי עברות ספציפיות ולהראות כי בעשור האחרון חלה עלייה חרה ברמת הענישה, כפי שהיא נקבעת על-ידי בית-המשפט העליון ובתי-המשפט המחוזיים. מי שמצוי בפרקטיקה של המשפט הפלילי יכול בוודאי להעיד על החמרה בענישה בסוגים רבים של עברות, כגון עברות מין, עברות אלימות במשפחה, עברות הכרוכות בשימוש בסכין או בהחזקתו, עברות של גרימת מוות בתאונת-דרכים ועברות של "סיכון חיים בנתיב תחבורה". אחת התופעות הבולטות המעידות על החמרה זו ברמת הענישה, במיוחד באורכן של תקופות המאסר המוטלות, היא "השורה התחתונה", דהיינו, מספר הכלואים בבתי-הסוהר. בעשור האחרון גדל מספר האסירים בישראל מ-9,094 בשנת 1996 ל-16,157 בשנת 2006. חלק מהגידול נבע מהאינתיפאדה השנייה ומשינויים מבניים בשירות בתי-הסוהר, שהביאו לידי גידול במספר האסירים הבטחוניים, אך באותה תקופה היה גם גידול אדיר של כ-44% במספר האסירים הפליליים ה"רגילים" (מ-7,295 ל-10,491). הנתונים לקוחים מהאתר של שירות בתי-הסוהר – www.ips.gov.il/NR/exeres/70001B8D-05D9-439A-9EA0-A0ECF868602F.htm.

אין לייחס עלייה דרמתית זו במספר הכלואים לעלייה בפשיעה. כאמור, בניגוד לרושם שעלול להיווצר מדיווחים תקשורתיים נרחבים על פשיעה, קיימת דווקא מגמה של ירידה בפשיעה בכלל ובפשיעה החמורה בפרט. ראו **הפשיעה בישראל – 2005**, לעיל ה"ש 15, וכן **השנתון הסטטיסטי לישראל 2006**, לעיל ה"ש 23. גם הנתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מעידים על כך שכין שנת 2000 לשנת 2004 חל גידול של כ-7% בשיעור התיקים המסתיימים בעונשי מאסר בפועל מתוך כלל ההרשעות. ראו www1.cbs.gov.il/shnaton57/st11_04.pdf.

²⁸ ראו, למשל, בהקשר של שחורים ולבנים בארצות-הברית: Yoav Sapir, *Neither Intent Nor Impact: A Critique of the Racially Based Selective Prosecution Jurisprudence and a Reform Proposal*, 19 HARV. BLACKLETTER L.J. 127, n. 143–144 and accompanying text (2003); DAVID COLE, *NO EQUAL JUSTICE – RACE AND CLASS IN THE AMERICAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*, Ch. 6 (1999).

מתעתעים, הפער אכן קיים. התמונה הכללית המצטיירת היא של משפט פלילי שהוא שוויוני יותר, הוגן יותר ומוטה יותר לטובת חשודים ונאשמים מכפי שהוא במציאות. תמונה מעוותת זו היא שתהיה לנגד עיניו של הציבור ולנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות לכשיתעורר רצון לפגוע בזכות מסוימת באופן שישנה את האיזונים של המשפט הפלילי. הפער שבין תדמית המשפט הפלילי לבין המשפט במציאות עלול להצטרף לסיבות שמנתי לעיל ולהביא לידי נכונות מוגברת לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים. גם כאן, בעיגון מפורש של זכויות חוקתיות יהיה כדי לצמצם את החשש.

ניתן לטעון כי הפרשיות האחרונות שבהן נחקרו אנשי-ציבור ונושאי-משרה על-ידי המשטרה והואשמו בפלילים, והסיקור התקשורתי הנרחב של פרשיות אלה, צמצמו את המרחק שבין הציבור ומקבלי ההחלטות לבין המציאות של המשפט הפלילי. יש אמת מסוימת בטענה זו. אכן, המעקב הקרוב אחר פרשיות אלה פתח צוהר אל תופעות שלא היו ידועות לציבור הרחב, לעיתונאים ואפילו למשפטנים בכירים שעיסוקם הרגיל אינו במשפט הפלילי. למשל, דרך "פרשת רמון" נחשפו רבים בפעם הראשונה לכך שלעיתים מוגשת תלונה רק לאחר מסע שכנועים, לכך שלעיתים, בניגוד למתחייב על-פי החוק, אין מעבירים את כל חומר החקירה להגנה, לכך שקיום האזנות-סתור מאושר בקלות ולא דווקא לצורך חקירתם של המקרים החמורים ביותר, לכך שניתן להרשיע במשפט פלילי על-פי עדות יחידה, אף אם יש בה סתירות והיא מעלה תהיות, לחמקמקותו של המושג "ספק סביר" ולפעולתו המוגבלת בעולם המציאות, לקלות שבה עדויות הגנה נדחות, ולפגמים בסיפור המרשיע של בית-המשפט. הנראות הפתאומית של עובדות אלה הולידה תגובות רבות של תדהמה ושל ביקורת על המערכת המשפטית.²⁹ מי שמצוי ביומיום של ההליך הפלילי יודע שאין מדובר בתופעות חריגות במיוחד.³⁰

²⁹ ראו, למשל, דניאל פרידמן "משפט רמון" **יריעות אחרונות – המוסף לשבת** 2.2.2007, 10; שולמית אלוני "הפרקליט כבר שפט את רמון" **ynet** (3.10.2006) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3310255,00.html; סימה קרמון "חיים ביר הלשון" **יריעות אחרונות – המוסף לשבת** 15.9.2006, 8; מנחם פרי "הנשיקה: סיפור בשלוש וריאציות" **הארץ – ספרים** 7.3.2007 www.haaretz.co.il/hasite/spages/833833.html. לביקורת על רשימתו של פרי ראו אורית קמיר "יש גם פרשנות אחרת. הרבה יותר פשוטה" **הארץ – ספרים** 14.3.2007 www.haaretz.co.il/hasite/spages/837009.html.

³⁰ דברים ברוח זו ממש כתב לאחרונה ד"ר בועז סנג'רו. ראו את רשימתו בועז סנג'רו "על פשעי השוטרים בחקירותיהם" **עורך הדין** 65, 64 (2007). כותרת-המשנה של הרשימה היא "חוקרי משטרה ותובעים בפרקליטות מפרים את החוק בלהיטותם לפענח מקרי פשע ולהביא להרשעתם של חשודים – לעיתים בהסתרה של ראייה מזכה, לעתים ב'שיפור' של ראייה מפלילה ולעתים אפילו בפיקרוק של ראייה. האזנות הסתר שנחשפו במשפטו של רמון – הם רק דוגמא". בעניין הסתרת האזנות-הסתור שאל סנג'רו: "האומנם מדובר בתקלה מפתיעה? או שמא במציאות מצערת הידועה לכל העוסקים בנושא והנובעת

עם זאת, יש לזכור כי התיקים שאנשי-ציבור מעורבים בהם, אשר זוכים בסיקור תקשורתי נרחב, חושפים רק חלק מהפגמים של מערכת המשפט הפלילי. לתיקים אלה יש מאפיינים ייחודיים ששונים מאלה של רובם המכריע של התיקים הפליליים. למשל, כאשר מדובר באישי-ציבור, הנאשמים זוכים בדרך-כלל בהגנה משפטית ראויה. זאת, בניגוד לכ-35% מהנאשמים אשר אינם זוכים בייצוג כלל, ולרבים נוספים שמיוצגים ברמה נחותה.³¹ בניגוד לחשודים רבים אחרים, אישי-ציבור אינם נעצרים בדרך-כלל, ונחקרים בתנאים נוחים יחסית לאחר שזכו ביעוץ משפטי. באופן כללי ניתן גם להניח שככל שהעין הציבורית פקוחה יותר כן מערכת המשפט הפלילי נזהרת יותר ומקפידה יותר על קיומו של הליך הוגן.

האמור לעיל מבהיר מדוע אין לסמוך על המחוקק שיגן על זכויותיהם של החשודים והנאשמים בהליך הפלילי. ככל שאנחנו מכירים בכך שזכויות אלה מהוות הגבלות

מתפיסת תפקיד מעוותת לחלוטין שניתן למצוא הן בקרב חוקרי המשטרה והן בקרב תובעים בפרקליטות?"

³¹ ההערכה נסמכת על כמה מקורות ומחקרים. בשנת 2001 עמד אחוז הבלתי-מיוצגים בכת-משפט השלום על 55%. ראו קנת מן "מחקר: היקף ייצוגם של נאשמים במשפטים פליליים" **הסניגור** 58, 3 (2002). ממחקר שערכה הסנגוריה הציבורית באוגוסט 2003, בשיתוף עם הנהלת בתי-המשפט ועם לשכת עורכי-הדין, עולה כי בכת-משפט השלום במחוז המרכז היה שיעור הבלתי-מיוצגים 15%. בתל-אביב עמד שיעור הבלתי-מיוצגים על 23%, ואילו בכת-משפט השלום שנבדקו במחוז הצפון (נצרת וטבריה) ובמחוז הדרום (אשדוד וקרית-גת) היה שיעור הבלתי-מיוצגים 54%. ראו משרד המשפטים **הסנגוריה הציבורית – דו"ח שנתי לשנת 2003** (2003). בחודש ינואר 2005 ערכה הסנגוריה הציבורית בדיקה נוספת אשר חיזקה את ממצאי הבדיקה הקודמת. לפי הבדיקה הנוספת קיימת שונות גדולה בין בתי-משפט שונים ואף בין שופטים שונים באותו בית-משפט. שיעור הבלתי-מיוצגים נע בין 3% ל-73%. בירושלים עמד שיעור הבלתי-מיוצגים על 17%, ואילו בבית-שאן היה שיעורם 66%. לסיכום המחקר ראו משרד המשפטים **הסנגוריה הציבורית – דו"ח שנתי לשנת 2004** (2004). מנתוני מחקר זה ניתן להגיע להערכה כי כ-40% מהנאשמים בכת-משפט השלום בכל הארץ אינם מיוצגים. לדו"חות השנתיים של הסנגוריה ראו www.justice.gov.il/MOJHeb/SanegoriaZiborit/dohot. מאז נערכו בדיקות אלה חלו שינויים חקיקתיים שיש בהם כדי לצמצם במעט את אחוז הבלתי-מיוצגים. מדובר בתיקונים מס' 48 ו-49 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר הוכנסו בו בחוק סדר הדין הפלילי (תיקונים מס' 48 ו-49), התשס"ו-2006, ס"ח 360-361. תיקון מס' 48 קבע בחקיקה את האפשרות לקיים "דיון מקדמי" בהליך פלילי (ראו ס' 95(ב) ו-143א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]). התיקון קבע כי נאשם שהוזמן לדיון מקדמי זכאי לייצוג בידי הסנגוריה הציבורית. סביר להניח כי התרחבות הפרקטיקה של דיונים מקדמיים תביא לידי עלייה נוספת באחוזי הייצוג. תיקון מס' 49 קבע כלל חשוב שלפיו אין להטיל מאסר בפועל על נאשם בלתי-מיוצג (ראו ס' 15(א)(4) ו-15(א)(5) וס' 15א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]). כמו-כן קבע התיקון כי חובה על התביעה להודיע עם החילת המשפט אם בכוונתה לדרוש עונש של מאסר בפועל אם יורשע הנאשם, וכי בעקבות הודעה כאמור חובה למנות סנגור.

חשובות של כוחה הדורסני של המדינה אל מול הפרט,³² מן הראוי שנעגן אותן במפורש בחוקה, כדי שזו תגן עלינו מפני כרסום בזכויות אלה. אם הכללתן של זכויות האזרח הקלסיות בחוקה נועדה לספק הגנה לפרטים בחברה מפני רצון פופולרי עתידי להגביל את חירויותיהם,³³ אזי בתחום המשפט הפלילי רציונל זה חל ביתר שאת.

ד. טיוטת החוקה והבחירה שבין הוראות מפורטות וברורות לבין הוראות כלליות ועמומות

מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עולה כי המשתתפים בדיונים בקשר לפרק ה"זכויות במשפט" התלבטו פעמים רבות בין האפשרות לקבוע בחוקה הוראה ברורה ומפורטת לבין האפשרות להסתפק בהוראות הכלליות והעמומות. נציגי הסנגוריה הציבורית והאגודה לזכויות האזרח וכן ד"ר אמנון רייכמן, שריכז את דיוני הוועדה בנושא "זכויות במשפט", תמכו בדרך-כלל בקביעת כללים מפורטים וברורים, ואילו נציגי הייעוץ המשפטי של הוועדה ביטאו את הגישה המבקשת להשאיר עניינים רבים למחוקק, ולהסתפק בזכויות ל"הליך הוגן", לחירות ולשוויון. בסופו של דבר, אף שבדיונים לא נפלה הכרעה ברורה בין שתי הגישות, נראה שגישת החוקה הרזה היא שקיבלה ביטוי בולט יותר בניסוחה הסופי של ההצעה. בהקדמה לפרק הזכויות שבהצעה נאמר במפורש:

פרק זה מנוסח על יסוד הגישה, שזכתה לתמיכה מרכזית בוועדה, הדוגלת בניסוח קצר ותמציתי של זכויות האדם. דרך זו, יש לה יתרון מבחינת הערך החינוכי וההצהרתי של מגילת הזכויות. יחד עם זאת, היא מותירה עמימות, מספקת הכוונה מוגבלת בלבד למחוקק ומעניקה שיקול דעת גמיש לבית המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית הנסמכת רובה ככולה על האיזון הטמון בפסקת ההגבלה.

³² מוכן שיהיה מי שיחלוק על עצם חשיבותן ונחיצותן של הזכויות האמורות. קצרה היריעה מלפרט במסמך זה מדוע כל אחת מזכויותיהם של החשודים והנאשמים חשובה כשלעצמה. לתחילתו של הסבר ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט **הצעת הסנגוריה הציבורית לחוק יסוד: זכויות במשפט (2005)**. huka.gov.il/wiki/material/data/H13-02-2005_9-26-15_zechuiot. rtf. רשימה זו אינה מתפלמסת בעיקרה עם מי שסבור כי כללים המקנים זכויות לחשודים ולנאשמים אינם ראויים, אלא עם מי שסבור כי אין לעגן כללים אלה בחוקה.

³³ מטרה זו נשענת על תפיסה חוקתית (ולא רק רובנית) של הדמוקרטיה. ראו: RONALD DWORIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 1-38 (1996).

ברצוני לטעון שגישת החוקה הרזה אינה ראויה. הטעמים שפורטו לעיל, התומכים בעיגון חוקתי של זכויותיהם של חשודים ונאשמים, צריכים להשפיע גם על הבחירה שלנו בין כללים חוקתיים מפורטים וברורים לבין "מושגי-שסתום" כלליים ועמומים. לעומתם, הנימוקים המובאים בדברי ההקדמה אינם משכנעים. כמו-כן אטען, תוך הסתמכות על הפרוטוקולים של דיוני הוועדה, כי בניגוד לאמור בהקדמה, גישה זו לא זכתה בתמיכה מרכזית בדיוני הוועדה.

בדברי ההסבר נאמר שלגישת החוקה הרזה יש יתרון מבחינת הערך החינוכי וההצהרתי של מגילת הזכויות. אמירה זו אינה מבוארת דייה. מדוע יש ערך הצהרתי וחינוכי רב יותר לחוקה המדברת באופן כללי על "הליך הוגן" לעומת חוקה אשר נוקבת במפורש בזכות לייצוג הולם ובזכות לאי-הפללה עצמית? ניתן בהחלט לטעון שיש ערך חינוכי נמוך יותר להצהרה על המוכן מאליו (הזכות לחירות, לשוויון ולכבוד, למשל) מאשר להצהרה שיש בה חדשנות ואשר נושאת עימה בשורה של שינוי.

עוד נאמר בדברי ההסבר כי לגישה הלקונית יש יתרון בכך שהיא עמומה ומספקת הכוונה מוגבלת בלבד למחוקק. עמימות כשלעצמה אינה ערך. דווקא בהקשר שאנו עוסקים בו, כמוסבר לעיל, יש צורך לא בהכוונה "מוגבלת בלבד" של המחוקק, אלא בהטלת הגבלות אפקטיביות. רק הגבלות כאלה עשויות לצמצם את הפגיעה הצפויה בזכויות-היסוד של כולנו – ובעיקר של החלשים והלא-אהודים שבינינו – כל אימת שיתעורר הרצון הפופולרי לעשות כן. על החוקה לעגן במפורש זכויות שאנו מאמינים בחשיבותן, ובכך להקשות את ביטולן או צמצומן כתוצאה מהלכי-רוח ציבוריים המבטאים תחושות של חוסר ביטחון או נקמנות. תפקידה של החוקה הוא לעגן את הזכויות ולהגן עליהן לאורך זמן דווקא מפני רוחות משתנות אלה.

לבסוף, גם הנימוק של הענקת שיקול-דעת גמיש לבית-המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית אינו משכנע. רוב הכללים שייקבעו בחוקה יותירו בידי בית-המשפט שיקול-דעת. הדבר נכון לא רק בשל התת-היקבעות (underdeterminacy) של חקיקה ושל הוראות חוקתיות באופן כללי,³⁴ אלא גם בשל פסקת ההגבלה הקובעת כי ניתן לפגוע בזכויות בחוק ההולם את ערכיה של המדינה, לתכלית ראויה וכמידה שאינה עולה על הנדרש. על-כן, את המשמעות המדויקת של הזכויות שייקבעו במגילת הזכויות שלנו ואת גבולות הפגיעה בהן יקבע בכל מקרה בית-המשפט בפסיקותיו העתידיות. השאלה שמנסחי החוקה צריכים לתת את הדעת לה היא אם עצם הקביעה המפורשת של זכות

³⁴ Mark Tushnet, *Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States*, 13 J. POL. PHIL. 99 (2005). נדגיש כי מדובר בתת-היקבעות, ולא בהעדר היקבעות, שכן נראה כי איש לא יכחיש שבמקרים מסוימים החומרים המשפטיים מכתיבים את התשובה הנכונה. קשה לחלוק על כך גם מנקודת-מבט של ריאליזם משפטי וניתוח המשפט הביקורתי. ראו: Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. LEGAL EDUC. 518, 527 (1986). ראו גם CARDOZO, לעיל ה"ש 4, בעמ' 129.

זכות חוקתית היא ראויה או שמא יש למסור את ההכרעה בסוגיה זו לשיקול-הדעת של בתי-המשפט העתידיים. קביעה מפורשת של זכות חוקתית תיתן לה מעמד הצהרתי מיוחד, תתיר פגיעה בה אך ורק בחוק או על-פי הסמכה מפורשת בחוק, תרסן את המחוקק מפגיעה בה, ותעניק לבית-המשפט הסמכה מפורשת להעביר תחת שבת ביקורתו חוקים פוגעניים. אי-הכללה של זכות מסוימת בחוקה עלולה לגרור ויכוחים מתמשכים בפסיקה אם מדובר בזכות חוקתית אם לאו.³⁵ יתרה מזו, אי-הכללתה של הזכות עלולה לשרר מסר שלרשות המכוננת הייתה כוונה לא להכיר בזכות חוקתית ולהטות את הכף בפסיקה לכיוון זה. על נימוקים אלה יש להוסיף את דבריו של השופט פרנקפורטר, שהוזכרו לעיל בתחילת פרק ג, כי האנשים שמבקשים להיעזר בזכויות חוקתיות הם בדרך-כלל אנשים "לא-נחמדים". יש מקום לחשש שהמקרים הקשים, שבהם אנשים לא-נחמדים ינסו לגייס לעזרתם את הזכויות, ייצרו חוק רע שאינו מכיר בזכויות חשובות כזכויות חוקתיות.³⁶

נראה כי אחרים ששקדו בעשורים האחרונים על ניסוח חוקות ומגילות זכויות אדם למדו מהניסיון שנצבר במדינות אחרות והבינו את חסרונותיה של מגילת זכויות רזה. אכן, ברוב החוקות המודרניות יש חלקים מפורטים העוסקים בזכויותיהם של חשודים ונאשמים. כך במגילת הזכויות של קנדה, בחוקות החדשות במדינות מזרח אירופה,

³⁵ ראו, למשל, את המחלוקת בע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית מחוז נצרת נ' מדינת ישראל, פדאור 33)05 (711 (2005), בשאלה אם הזכות לייצוג על-ידי עורך-דין היא זכות חוקתית הנובעת מכבוד האדם אם לאו.

³⁶ איני משלה עצמי שעצם קביעת הזכות בחוקה תוביל להגנה המיוחלת. כאמור, ברור לי שגם קביעה של זכות מסוימת בחוקה תותיר בידי בית-המשפט מרחב פרשני נרחב. דוגמה בולטת לכך היא פרשנותו של בית-המשפט האמריקאי לאיסור בדבר הטלת עונש אכזרי ובלתי-רגיל הקבוע בתיקון השמיני לחוקה. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע בכמה פסקי-דין כי איסור זה אינו מונע את המחוקקים במדינות השונות מלקבוע עונש מוות. דוגמה זו רק מחזקת את עמדתי כי על הזכויות להיות מפורטות, ולא עמומות. כך, למשל, מדינות אחדות באירופה הטילו במפורש איסור חוקתי על עונש המוות: ראו ס' 102 לחוק-היסוד של גרמניה, www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#102; ס' 22(3) לחוקת רומניה משנת 1991, domino.kappa.ro/guvern/constitutia-e.html#a221; ס' 21 לחוקת קרואטיה משנת 1990, www.servat.unibe.ch/law/icl/hr00000_.html; ס' 36(3) למגילת הזכויות הנספחת לחוקת צ'כיה משנת 1993, spsc.prf.cuni.cz/aj/2-93en.htm; ס' 17 לחוקת סלובניה, www.up-rs.si/up-rs/uprs-ang.nsf/dokumentiweb/063E5907; כמו-כן נקבע האיסור של עונש המוות בפרוטוקול השישי (משנת 1983, conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/), ובפרוטוקול השלושה-עשר (משנת 2003, conventions.coe.int/Treaty/), לאמנה האירופית לזכויות אדם. את הפרוטוקול השלושה-עשר, האוסר כליל עונש מוות, אשררו שלושים ושמונה מדינות, ושש מדינות נוספות חתמו עליו וטרם אשררוהו (conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=). (187&CM=8&DF=&CL=ENG).

ובמיוחד בחוקה הדרום-אפריקאית.³⁷ החוקה הדרום-אפריקאית משנת 1993 היא המפורטת מכולן, והיא כוללת זכויות לעצירים ולאסירים כגון: להיות מיודע באופן מיידי ובשפה מובנת על סיבת המעצר; להיות מוחזק בתנאים החולמים את כבוד האדם, לרבות תזונה הולמת, תומרי קריאה וטיפול רפואי על חשבון המדינה; להיות עם עורך-דין על-פי בחירה, להיות מיודע על זכות זו ולקבל שירותים של עורך-דין; לקבל הזדמנות ליצירת תקשורת עם בן-הזוג או בת-הזוג, בן משפחה קרוב, כוהן-דת ורופא לפי בחירה, ולקבל ביקורים מהם; לתקוף את המעצר בבית-משפט ולהשתחרר אם המעצר אינו חוקי. נוסף על כך, לכל עציר יש הזכות להיות מיודע בשפה המובנת לו על זכותו לשתוק, ולהיות מוזהר לגבי התוצאות העתידיות של בחירתו לרבו; להיות מובא לפני שופט בהקדם האפשרי; לא להיות מחויב להודות; ולהשתחרר, בערבות או לא בערבות, אלא אם כן הצדק מחייב אחרת. לכל נאשם יש זכות למשפט הוגן, הכוללת: משפט פומבי תוך זמן סביר; להיות מיודע בפרטי האישום; ליהנות מחזקת החפות, לשתוק ולא להעיד במהלך המשפט; להביא ראיות מטעמו, לתקוף את הראיות שנגדו, ולא להעיד נגד עצמו; להיות מיוצג על-ידי עורך-דין לפי בחירתו או לקבל ייצוג משפטי על חשבון המדינה, ולהיות מיודע על זכויות אלה; לא להיות מורשע בעברה שלא נחשבה עברה בעת המעשה או המחל, ולא להיענש בעונש חמור מזה שהיה קבוע לעברה בעת ביצועה; לא להישפט שוב בגין עברה שבגינה כבר הורשע או כבר זוכה; לערער לבית-משפט גבוה יותר; להישפט בשפה שהוא מבין או שההליכים יתורגמו לשפה כזו; ושדינו ייגזר זמן סביר לאחר ההרשעה.

עיון במאות עמודי הפרוטוקול של ישיבות וערת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא "זכויות במשפט" מלמד כי אף שהוועדה קיימה דיונים מעמיקים בנושאים רבים, השאלה הבסיסית – באיזו רמה של פירוט או הפשטה ייקבעו זכויותיהם של החשודים והנאשמים – לא נידונה ביסודיות הראויה לה. יתרה מזו, מהדיונים לגבי הזכויות הספציפיות עולה כי דברי ההסבר המצוטטים לעיל, התומכים במגילת זכויות רזה, משקפים רק את אחת הגישות שהובעו בדיוני הוועדה. במקרים אחדים נראה שהגישה התומכת בחוקה רזה הכתיבה את הניסוח הסופי של ההצעה, וזאת אף שהדיונים בוועדה משקפים גישות שונות.³⁸ כך, לגבי זכויות מסוימות לא התקבלה הכרעה ברורה אם להכלילן אם לאו, ואילו נוסח ההצעה אימץ את הגישה של מגילת זכויות רזה.³⁹ לעומת

³⁷ ראו, למשל, ס' 35 לפרק השני בחוקה הדרום-אפריקאית, www.servat.unibe.ch/law/iel_polisci.nelson.com/sf00000.html; ס' 7-14 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות, constitution.html; ס' 22-31 לחוקת קרואטיה, לעיל ה"ש 36.

³⁸ בשיחה שניהלתי עם העוזר ליועצת המשפטית לוועדה, עו"ד אייל זנדברג, הוסבר לי שככל שקיימת שונות בין מה שסוכם בדיונים לבין הניסוח, מדובר בשינויים שנעשו על-דעת יושב-ראש הוועדה דאז, חבר-הכנסת מיכאל איתן.

³⁹ כך, לגבי הזכות לחלופת מעצר או לשחרור בערבות הייתה מחלוקת אם יש להכליל הוראה מפורשת לעניין זה או שרי בזכות החוקתית לחירות ובפסקת ההגבלה. הדיון סוכם על-ידי

זאת, במקרים מסוימים שבהם התקבלה הכרעה בדיוני הוועדה בין שתי אפשרויות, לטובת האפשרות המפורטת יותר, הוכללה בהצעה גם החלופה הפחות-מפורטת שנדחתה.⁴⁰ לבסוף, זכויות מספר שהוחלט במפורש להכלילן בהצעה מוזכרות רק בדברי ההסבר.⁴¹

יושב-ראש הוועדה במילים "בואו נתקדם", מבלי שנפלה הכרעה. פרוטוקול ישיבה מס' 460 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (29.3.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-03-29.html. בהצעה שפורסמה הזכות אינה מופיעה. כאשר לזכות נגר אכיפה בדינית, לא הייתה מחלוקת שאכיפה בדינית היא תופעה בלתי-רצויה, אולם המתנגדים להכללת סעיף מפורש סברו כי הזכות לשוויון מספיקה. אחרים סברו כי יש להוסיף איסור מפורש. לאחר דיון ארוך סיכם יושב-הראש: "רבותי, הוויכוח מסתיים בנקודה הזאת; מיצינו את הדיון. תכינו הצעה כרי שתהיה לנו הצעה שמתייחסת לנקודה הזאת, ובסוף נחליט אם להכניס או לא להכניס". פרוטוקול ישיבה מס' 424 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (27.2.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-02-27.rtf. בהצעה שנוסחה לא נכללה אפשרות המכלילה את הזכות. ועדת החוקה, חוק ומשפט **חוקה בהסכמה רחבה**, ס' 5 לפרק זכויות האדם (2006) www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf. כאשר לענישה לא-מידתית, לא הייתה מחלוקת שהחוקה צריכה לכלול איסור לגבי ענישה אכזרית, אולם התנהל ויכוח נוקב בשאלה אם על החוקה לאסור ענישה שאינה מידתית. תומכי החוקה הרזה סברו כי אין צורך בכך, לנכות העובדה שהמידתיות ממילא מופיעה בפסקת ההגבלה. גם בעניין זה לא נפלה הכרעה (פרוטוקול ישיבה מס' 424, שם). נוסח ההצעה אינו כולל את שתי האפשרויות. במקום זאת מוזכר הדיון בסוגיה זו רק בדברי ההסבר, תוך מתן הנימוקים נגד הכללת האיסור המפורש של ענישה לא-מידתית – ראו **חוקה בהסכמה רחבה**, שם, ס' 27 לפרק זכויות האדם.

⁴⁰ כך, לגבי הזכות לייצוג הולם עלתה השאלה אם הזכות צריכה להיות ל"ייצוג הולם" או שדי בזכות לייצוג. לאחר דיון הכריע יושב-ראש הוועדה כי תיכלל הזכות לייצוג הולם, או בלשונו: "תכתוב הולם. תודה רבה". פרוטוקול ישיבה מס' 441 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (13.5.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-03-13.html. חרף זאת, בהצעה שפורסמה מופיעה הזכות לייצוג, ואילו התיבה "הולם" מופיעה רק כחלופה. **חוקה בהסכמה רחבה**, לעיל ה"ש 39, ס' 23 לפרק זכויות האדם.

⁴¹ כך, כאשר לזכות השתיקה ולזכות לאי-הפללה עצמית, בדיוני הוועדה התקיים דיון אם יש להכליל בחוקה רק את הזכות הצרה יותר לאי-הפללה עצמית או גם את זכות השתיקה הרחבה יותר. ההכרעה הייתה: "בשלב זה נשאיר שתי גרסאות: אחת שמדברת רק על חיסיון בפני הפללה עצמית, ושנייה שתתאר את זכות השתיקה". פרוטוקול ישיבה מס' 460, לעיל ה"ש 39. בהצעת החוקה זכויות אלה אינן מופיעות, ודברי ההסבר מנוסחים באופן שמתנגד להכללתה של זכות השתיקה. **חוקה בהסכמה רחבה**, לעיל ה"ש 39, ס' 30 לפרק זכויות האדם. לגבי הזכות למשפט חוזר, אף שנקבע כי יש להכליל זכות זו בחוקה, ההצעה שנוסחה מזכירה את הדיון בנושא זה רק בדברי ההסבר, ומפרטת את הנימוקים נגד הכללתה של הזכות. ראו שם.

ה. סיכום

הכותרת של רשימה זו עלולה להטעות. אומנם בדרך-כלל יהיו אלה ה"לא-נחמדים" שייעזרו בזכויותיהם של חשודים ונאשמים, אך זכויות אלה מגינות לא רק עליהם. הזכויות מציבות את הגבולות להפעלת כוחן של רשויות אכיפת החוק. כוח זה יש לו פוטנציאל לפגוע בכלל האוכלוסייה. חלק מהזכויות עוסקות בהליך הראוי שעל המדינה לנקוט בטרם תרשיע אדם בפלילים ותשלול את חירותו, והן נועדו להבטיח שרק האשמים אכן יורשעו. חלק מהזכויות נועדו להגן על ערכים אחרים מלבד גילוי האמת העובדתית. שאלות כגון באילו תנאים מותר לערוך חיפוש בביתו של אדם או במחשבו, מתי מותר לקיים האזנת-סתר לקווי הטלפון שלו, באילו תנאים מותר לחפש על גופו ובתוך גופו של אדם, באילו תנאים יוחזקו עצורים ומתי יותר להם להיפגש עם עורך-דין – קשורות בטבורן לערכים של פרטיות, חירות, שלמות הגוף, שוויון, הגינות והאוטונומיה של הפרט.

החשש הוא שבשל העובדה שפעמים רבות מי שמבקש להשתמש בזכות משתייך בעיני הציבור לקבוצת ה"לא-נחמדים", תיפגע ההגנה על ערכים אלה, וכלל הפרטים בחברה יהיו חשופים יותר לפגיעתו של כוח מדינתי בלתי-מרוסן. ברשימה זו מניתי שלושה מקורות עיקריים לחשש שהרצון לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים יהיה רצון מוגבר: התפיסה שלפיה הגנה על זכויות אלה תפגע ביכולת להילחם בפשיעה, העובדה שמקבלי ההחלטות מרגישים עצמם מרוחקים מן החשודים והנאשמים, והפער שבין תדמית למציאות במערכת המשפט הפלילי. מטעמים אלה, גם אם נניח שבתחומי משפט אחרים הוראות חוקתיות עמומות עדיפות על הוראות פרטניות, בהקשר של המשפט הפלילי יש לקבוע את הזכויות שנתפסות כנחוצות כזכויות חוקתיות ברורות. הסיבות שמניתי לרצון לפגוע שוב ושוב בזכויות הקשורות להליך הפלילי חלות במידה רבה גם על בתי-המשפט, ולא רק על המחוקקים.⁴² על-כן יש להימנע מניסוח עמום וכוללני של הוראות החוקה, שיעביר באופן גורף את ההכרעה בדבר קיומן והיקפן של הזכויות בהקשר שאנו עוסקים בו לידיהם של בתי-המשפט. אלכסנדר ביקל ציין את יתרונו של בית-המשפט בכך שהוא קובע כללים ממקרה למקרה.⁴³ בהקשר של המשפט הפלילי נראה שיתרון זה נהפך לחיסרון. ההגנה על זכויות הפרט ראוי שתקבע דווקא במנותק מהמקרה הקונקרטי, אשר פעמים רבות יהיה מקרה של פשע מעורר סלידה.

⁴² הסיבה היחידה שאינה תקפה באותה עוצמה היא הפער שבין התדמית למציאות. סביר להניח שרוב השופטים מכירים טוב יותר מן המחוקקים את המציאות של המשפט הפלילי. הסיבות האחרות, שהן גם הסיבות המרכזיות, תקפות באותה מידה לפחות.

⁴³ BICKEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 26: "[An] advantage that courts have is that questions of principle never carry the same aspect for them as they did for the legislature or the executive. Statutes, after all, deal typically with abstract or dimly foreseen problems".

ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יושב-ראש הוועדה וחבריה, צוות הייעוץ המשפטי שלה והאורחים שהופיעו לפניה – כל אלה עמלו קשה על הכנת הצעת החוקה שפורסמה. הדיונים היו רציניים וענייניים, וההספק היה מרשים. עם זאת, נראה שבלהט העשייה והוויכוחים על הכללתן או אי-הכללתן של זכויות קונקרטיות, לא הקדישה הוועדה זמן מספיק לדיון בתפיסה הכוללת של החוקה ושל מגילת הזכויות. הקורא את הפרק על "זכויות במשפט" שבטיטת הצעת החוקה עלול להתרשם כי מדובר במסמך אשר משקף הכרעה ברורה ומפורשת ומאמץ גישה מגובשת התומכת בחוקה רזה. הרושם עלול להיווצר הן לנוכח האמור בהקדמה ובדברי ההסבר והן לנוכח ניסוחן של הזכויות הקונקרטיות. ברשימה זו ביקשתי להראות כי יש לדחות את גישת החוקה הרזה בהקשר שאנו עוסקים בו. יתרה מזו, הראיתי כי לכל-היותר מדובר בתפיסתו של הנסח. מעולם לא נערך דיון מעמיק בוועדת החוקה, חוק ומשפט בשאלה של רמת ההפשטה הרצויה של הזכויות. הנימוקים המובאים בדברי ההקדמה בזכות גישת החוקה הרזה אינם משכנעים, והניסוחים שנקבעו באשר לזכויות הקונקרטיות אינם משקפים את הגישות השונות שהובעו בוועדה ואת ההכרעות שהתקבלו בה. יש לקוות כי כאשר יתחדשו הדיונים בפרק זה של החוקה, יתקיים דיון רציני בנושא, ומקבלי החלטות לא יצאו מנקודת-הנחה שההכרעה כבר נפלה.
