ו׳ באדר א׳, תשפ״ב
7 בפברואר 2022

לכבוד
עו״ד עמית מררי
<u>המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי)</u>

שלום רב,

הנדון: <u>הערות הסניגוריה הציבורית לתזכיר חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט פלילי</u>

הסניגוריה הציבורית מברכת על קידומו של תזכיר חוק היסוד ורואה בו מהלך חשוב ביותר להגנה על זכויות חשודים ונאשמים ולשמירה על הגינות ההליך הפלילי.

ההליך הפלילי והמשפט הפלילי הם תחומים בהם המדינה פוגעת בזכויות היסוד של אדם בדרך החמורה ביותר, באמצעות שלילת חירותו ופגיעה קשה בכבודו, בקניינו ובפרטיותו. כבר בנקיטת השלבים הראשונים של ההליך הפלילי, עם הפעלת סמכויות האכיפה וחקירתו של אדם, כבודו נמצא על כף המאזניים ועלול להיפגע באופן בלתי הפיך. הפגיעה מחמירה ומתפרסת לזכויות חוקתיות נוספות של העצור והנאשם עם ההתקדמות בשלבים השונים של ההליך הפלילי. הפגיעה מגיעה לשיאה, בדרך כלל, עם הרשעתו של אדם וגזירת דינו לעונש מאסר בפועל, אז חלה הפגיעה המשמעותית ביותר בזכויות החוקתיות הבסיסיות של החירות והכבוד. לפיכך, נדרשות ערובות חוקתיות משמעותיות בהליך הפלילי, אשר יבטיחו שלא ניתן יהיה לפגוע בזכויות אלה שלא כדין. ערובות אלה יבטיחו כי זכויות האדם בהליך הפלילי ייפגעו באופן המינימלי האפשרי ויבטיחו את הגינותו. ההגנה על זכויות בהליך הפלילי וההקפדה על הגינותו אף תורמות לתוקף המוסרי של ההליך וללגיטימציה שלו, ובכך הן משליכות גם על האמון הציבורי במערכות האכיפה והמשפט.

אכן, לאורך השנים בית המשפט העליון פירש את זכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובראשן הזכויות לכבוד, לחירות, לקניין ולפרטיות, באופן שהכיר בשורה ארוכה של זכויות נגזרות בהליך הפלילי. עם זאת, התשתית החוקתית שהונחה בפסיקה בתחום זכויות החשודים, העצורים, הנאשמים והאסירים, אינה ממצה. מעבר לכך, ראוי שמערכת משפט במדינה דמוקרטית תראה את ההגנה על זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים כבעלת חשיבות בפני עצמה, ולא כתוצר לוואי בלבד של ההגנה על זכותו של כל אדם לחירות, לכבוד, לקניין ולפרטיות, כפי שמעוגנות היום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן, הגיעה העת לעגן במפורש זכויות אלו בחוק יסוד של הכנסת, באופן שישמר וירחיב את ההגנה שפרס בית המשפט העליון עד כה, ובכך למלא את החסר שבמגילת זכויות האדם של מדינת ישראל.

הנרייטה סולד 4 תל אביב ת.ד 33246 מיקוד 6133201
טלפון: 073-3923503 | פקס: 073-3923511 | lishkatsanegorartzi@justice.gov.il

מפאת קוצר הזמנים, במסמך זה יפורטו הערותינו המרכזיות והמהותיות לתזכיר החוק. מטבע הדברים, הערות אלו צפויות להתפתח ולהתחדד בהמשך הדיונים שיתקיימו במשרד המשפטים ובכנסת.

למען הסדר נזכיר כי הסניגוריה הציבורית היתה שותפה רק לדיונים הראשוניים שהתקיימו במחלקת ייעוץ וחקיקה בעניין טיוטת תזכיר חוק היסוד, ובמסגרת זאת אף העבירה הערות שונות. בניגוד לנהוג בהליכי חקיקה אחרים, הסניגוריה הציבורית לא שותפה בדיוני ההמשך בהם גובש נוסחו הנוכחי של התזכיר.

היקף תחולתו של חוק היסוד – סעיף המטרה, הזכות להליך הוגן ו"הגנה על זכויות"

1. הערתנו הראשונה תתייחס להיקפו המהותי של חוק היסוד המוצע, הן במישור של הגדרת שלבי ההליך הפלילי שייכנסו בגדרו והן במישור של הגדרת "קהל היעד" שיזכה להגנה מכוחו. בתמצית, **הסניגוריה הציבורית סבורה כי חוק יסוד שמטרתו לעגן את "קודקס הזכויות" בתחום המשפט הפלילי חייב לחלוש על כל שלבי ההליך הפלילי – קרי החל מפעולותיהן של רשויות אכיפה ומראשית החקירה (במובנה הרחב), דרך הליכי המעצר והמשפט, ועד לתום ריצוי העונש והשלכותיו; כפועל יוצא, חוק היסוד חייב לחול על כל הפרטים הכפופים לכוחו של המשפט הפלילי ונתונים לסמכויותיו – כלומר על החשוד, העצור, הנאשם, הנידון והאסיר.**

2. הרציונאלים השונים התומכים בעיגון החוקתי של זכויות היסוד במשפט הפלילי[1] – ובהם הסכנה האינהרנטית לפגיעה בזכויות במסגרת המאבק בפשיעה; כוחן העצום של רשויות האכיפה השונות אל מול הפרט, ופערי הכוחות הגדולים ביניהם; השתייכותם של חשודים ונאשמים רבים לאוכלוסיות מוחלשות ומובחנות, שפעמים רבות קל לראות בהם "אחרים" ואף אויבים, ולהפר את זכויותיהם; והפער הגדול יחסית במשפט הפלילי שבין 'המשפט בספרים' לבין המשפט בפועל, המתבטא בין היתר בחוסר המידע של הציבור באשר לאופן התנהלותו של ההליך הפלילי – כל אלה חלים לכל אורך שלבי ההליך הפלילי וביחס לחשודים, עצורים, נאשמים, נידונים ואסירים כאחד. **הערה מהותית זו עוברת כחוט השני בהוראות התזכיר ורלוונטית למספר סעיפים המוצעים בו.**

3. כך למשל, כבר ב**סעיף המטרה** של תזכיר חוק היסוד (סעיף 2), הנוסח צומצם לזכויות היסוד של האדם "בחקירה ובמשפט הפלילי". בהקשר זה, אנו סבורים כי יש להרחיב את תחולת הסעיף כך שההגנה על זכויות היסוד של האדם תהיה "בהליכים פליליים ובפעולות של אכיפת החוק".[2]

---

[1] להרחבה, ר' יואב ספיר, "הגנה ראויה על "אנשים לא־נחמדים", **משפט וממשל** י 571, 576-585 (תשס"ז).
[2] כפועל יוצא, יהיה צורך גם בשינוי **כותרתו של חוק היסוד**.

4. לטעמנו, גישה מהותית דומה צריכה לבוא לידי ביטוי גם ב**זכות להליך הוגן** (סעיף 3), שהיא ללא ספק ליבת חוק היסוד. כפי שצוין בדברי ההסבר לתזכיר, הזכות להליך הוגן "היא הבסיס שממנו צמחו זכויות מהותיות והסדרים פרוצדוראליים שנקבעו בחקיקה או בפסיקה ושנועדו להבטיח את ההגנה על זכויות הנאשם **<u>לאורך כל שלבי ההליך הפלילי</u>**, לאור יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין הנאשם לבין רשויות אכיפת החוק". לעניין זה, ראו גם נייר המדיניות של המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא חוק-יסוד: זכויות במשפט, שלפיו "אופייה הרחב והפתוח של זכות המסגרת מחייב הכללה בחוק היסוד של עיקרון כללי, **<u>שינוסח ניסוח רחב</u>**, שיעגן את הזכות הרחבה הזאת ויאפשר את פיתוחה בחקיקה ובפסיקה **<u>ואת החלת ההגנה עליה לפי נסיבות שונות ומתוך ראייה רחבה</u>**".[3]

5. כידוע, ההליך הפלילי אינו מתחיל בשלב המשפט – אלא בשלב מוקדם יותר, עת נפתחת החקירה בחשד לביצוע עבירה פלילית.[4] הזכות להליך הוגן הוכרה כפורשת כנפיה על כל שלביו של ההליך הפלילי – "אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט".[5]

<u>ויודגש</u>: שלב החקירה פורש במובנו הרחב ככולל כל פעולת אכיפה הנעשית על ידי גורמי מערכת אכיפת החוק, ובראשם המשטרה, במסגרת סמכויותיהם החוקיות. משמעות זו ניתנה למונח "חקירה" עוד על ידי השופט ברנזון בפרשת **צויטאת**: "פעולות שמטרתן לבאר את המקרה לרשות השיפוטית על-ידי חיפוש ואיסוף חומר ההוכחה, ואשר נעשות או נגרמות על-ידי אנשי המשטרה המשפטית, הפועלים באופן רשמי, כגון ביקור במקום, הוצאת גופה מן הקבר, חיפוש, החרמת דברים, חקירת עדים, דו"ח ערוך על-ידי אדם שמוסמך לערכו, הזמנת עד ואף צו הפסקת פעולות אלה, הן פעולות חקירה".[6]

על כן, כל הפעלת סמכויות אכיפה צריכה אף היא להיות כפופה לזכות להליך הוגן, ובכלל זה הפעלת סמכויות אכיפה מרכזיות ומהותיות כגון חיפוש, תפיסה, עיכוב ומעצר.

6. חשוב לחדד כי השימוש בסמכויות אכיפה כפוף לזכות להליך הוגן לא רק במקרים בהם נפתחה חקירה פורמאלית על ידי הגוף החוקר, **אלא בכל שימוש בסמכויות אלו**. כפי שצוין בפרשת **בן חיים**,[7] <u>ביחס לחיפוש</u> שביצעה המשטרה על גופו של אדם <u>טרם נפתחה חקירה פלילית</u>

---

[3] המכון הישראלי לדמוקרטיה **חוק-יסוד: זכויות במשפט** הצעה לסדר 45, בעמ' 69 (דצמבר 2021).
[4] ר' למשל סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.
[5] דברי השופט ברק בע"פ 951/80 **קניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981). וכפי שהובהר לאחרונה בדנ"פ 1062/21 **אוריך ואח' נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 11.1.2022), בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "מרחב הפעולה של רשויות החקירה לעולם כפוף למגבלות ולסייגים שנועדו להבטיח משפט הוגן ומידתיות של הפגיעה בזכויות נחקרים".
[6] ע"פ 207/56 **צויטאת נ' היועץ המשפטי**, פ"ד יא 518, 523 (1957); ר' גם ע"פ 347/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 18.11.2007), שם ציין השופט ג'ובראן כי "חקירה" בהקשר זה היא פעולת חיפוש ואיסוף חומר הוכחה לבית המשפט, הנערכת בידי המשטרה או בידי נושא משרה המוסמך לערכה, כדי להכין תביעה פלילית העתידה לבוא".
[7] רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 6.3.2012), בפס' 1 לפסק דינו של השופט דנציגר. הדברים כמובן נכונים גם ביחס לחיפוש במחשב, ר' בבש"פ 1758/20 **אוריך נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 26.1.2021), בפס' 11 לפסק דינו של השופט מלצר: "חדירה לטלפון סלולרי של אדם פוגעת במספר זכויות יסוד חוקתיות: בפרטיותו ובצנעת הפרט שלו, ברשות היחיד שלו ובכליו, בקניינו של אותו אדם, בסוד שיחו ברשומותיו ובזכותו להליך הוגן הנגזרת מכבוד האדם שלו".

פורמאלית, "חיפוש לא חוקי, דהיינו חיפוש שבוצע בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן"; באופן דומה, הזכות להליך הוגן הוכרה גם ביחס להליכי עיכוב, גם מקום בו אלו מבוצעים טרם החלה חקירה פורמאלית;[8] וכמובן גם ביחס להליכי מעצר.[9] הזכות להליך הוגן פורשת כנפיה אף ביחס להליכים המתקיימים במעמד צד אחד, בלי שניתנת לחשוד זכות טיעון, כפי שנקבע בפרשת **אוריך** הנ"ל: "הדרישה להליך הוגן "פורשת כנפיה גם על פעולות הרשות החוקרת"; אמנם לנחקר אין זכות להשמיע את טענותיו בטרם מתן צו החיפוש, ברם, "בכך אין לאיין את זכויותיו של הנחקר"".[10]

7. מטעמים אלה, ובהתאם לפסיקתו המנחה של בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין, **אנו סבורים כי יש להבהיר בחוק היסוד כי הזכות להליך הוגן – בצדה האחד – חלה על כלל פעולות האכיפה הרלוונטיות, ובכלל זה חיפוש,[11] תפיסה, עיכוב, תשאול, חקירה ומעצר**.

8. בצדה השני, הזכות להליך הוגן צריכה לחול לכל אורכו של המשפט הפלילי ועד לתום ההליך הפלילי, לרבות בשלבי ריצוי העונש. העונש הוא הביטוי המובהק ביותר של תוצאות ההליך הפלילי ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו. במקרים בהם מוטל עונש מאסר, מדובר בסמכות פוגענית ביותר שמפעילה המדינה כלפי הפרט בהליך הפלילי, אשר לצד שלילת החירות היא נושאת בחובה גם שליטה מלאה על מכלול תחומי החיים ופוטנציאל לפגיעה בבריאות הפיזית והנפשית, בביטחון האישי, בזכות להורות ובאיכות הקשר עם המשפחה, במעמד החברתי ובמגוון רחב מאוד של זכויות נוספות. אוכלוסיית האסירים היא קבוצה מוחלשת במיוחד החשופה באופן אינהרנטי לפגיעה בזכויות, וחלק ניכר מיכולת השליטה ברווחתם ובתנאי מחייתם מופקע ממנה. ההכרה במעמדן של זכויות היסוד החוקתיות גם מאחורי חומות הכלא מבוססת היטב בפסיקת בית המשפט העליון שהבהיר כי "אין אסיר משיל מעליו בשער בית הסוהר את זכויותיו הבסיסיות, מעבר לחופש התנועה וההגבלות הנובעות מכליאתו וכרוכות במישרין בה".[12] גם במישור ההליכים המשפטיים בהשתתפותם של אסירים, מדובר בהליכים שהם נגזרת ישירה של המשפט הפלילי (העיקרי שבהם הדיון בבקשות לשחרור מוקדם בפני ועדות השחרורים). לפיכך, **יש להבהיר בחוק היסוד כי הזכות להליך הוגן מתפרסת עד לתום ההליך הפלילי, על כל רכיביו, לרבות שלבי ריצוי העונש**.

---

[8] כפי שנקבע ברע"פ 3829/15 **קסאי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 20.12.2018), בפס' 35 לפסק דינו של השופט מלצר: "קבלת הראיה פגעה בזכות המערער להליך הוגן... אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה בעניינו נבעה מהפרה של הוראת חוק מפורשת המעוגנת בחוק המעצרים, אשר נועדה להגן על זכויותיהם של מעוכבים. לא מדובר איפוא בהפרה טכנית או זניחה".

[9] ר', בין היתר, בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500, 532 (2010).

[10] **דנ"פ אוריך**, הערה 5 לעיל, בפס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.

[11] לעניין זה יצוין, כי ישנן מדינות בהן נקבעו בחוקה הוראות **ספציפיות** להליכי חיפוש ותפיסה. כך למשל, בארצות-הברית, התיקון הרביעי לחוקה אוסר על חיפוש או תפיסה לא סבירים בביתו של אדם, בגופו וכו'; גם סעיף 8 לצ'רטר הקנדי קובע איסור על חיפוש שאינו סביר.

[12] בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח'** (ניתן ביום 13.6.2017), בפס' 3 לפסק דינו של השופט מלצר.

9. לבסוף, יש לבצע את ההתאמות הנדרשות גם בסעיפים הכלליים שבחוק היסוד שעניינם "**הגנה על זכויות**". בנוסחו הנוכחי של התזכיר, סעיפים אלה חלים על הליך החקירה והמעצר בלבד ולפיהם מעצר או חקירת עבירה ייעשו "בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין" (סעיפים 8(א) ו-9(א) לתזכיר). ברי כי **יש לקבוע עקרון יסוד דומה גם לשלבים המאוחרים יותר של ההליך הפלילי – ובפרט שלבי ניהול המשפט וריצוי העונש**. לעניין זה, דומה כי הדרך הנכונה לעשות זאת תהיה לקבוע בחוק היסוד סעיף מאוחד וכללי של "הגנה על זכויות" אשר יחול על כל שלבי ההליך הפלילי וביחס לנחקר, העצור, הנאשם, הנידון והאסיר.

<u>זכות הייצוג</u> (סעיף 4)

10. הזכות לייצוג משפטי (והזכות המשלימה להיוועצות בעורך דין) היא אחד האמצעים המרכזיים להבטחת זכויותיו של אדם בהליך הפלילי, ובפרט הזכות להליך הוגן.[13] הצורך בייצוג משפטי במשפט הפלילי נובע בראש ובראשונה מעקרון השוויון בין בעלי הדין. כאשר הנאשם אינו מיוצג על ידי סניגור נוצר החשש שקבלת עמדת התביעה על ידי בית המשפט אינה תוצאה של צדקת עמדתה של התביעה, אלא של יכולתו העדיפה של התובע לנהל את המשפט, על פני הנאשם שאינו בקיא ברזי השפה המשפטית והמקצועית. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר שיטת המשפט הנוהגת היא השיטה האדברסרית, המניחה בבסיסה כי הדרך הנכונה לעשיית הצדק ולחקר האמת היא להעמיד זה מול זה שני צדדים, אשר יגייסו את מיטב כוחם למטרות אלו. התוצאה הבלתי נמנעת היא שאם אחד הצדדים אינו מיוצג, נוצר חוסר איזון משווע ביניהם והסכנה לפגיעה בזכויות ובעשיית הצדק גוברת. נוכחותו של סניגור יכולה לתקן במעט את מאזן הכוחות בין הצדדים במשפט ולהבטיח כי זכויותיו של העומד לדין יישמרו. לא בכדי, זכות הייצוג הוכרה על ידי בית המשפט העליון כזכות יסוד מימים ימימה,[14] והיא מעוגנת באופן כללי גם בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961.

11. בבואנו לעגן את זכות הייצוג בחקיקת יסוד, קיימת חשיבות רבה לעיגון הזכות לייצוג במובנה הרחב, קרי: זכותו של כל אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין מטעמו בהליכים פליליים ולבר-פליליים, ולשכור שירותיו של סניגור. על כן, **יש להבהיר בסעיף 4(ב) לתזכיר כי זכות הייצוג חלה**

---

[13] ר' לעניין זה חיים כהן, "על זכויות הנאשם", **הפרקליט** כו 42, 49 (תש"ל): "בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה היא להיות, שהוא מיוצג על-ידי מי שיודע רזי התורה ומדבר לשון הסתר".

[14] ר', בין היתר, ע"פ 134/89 **אברג'יל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(4) 203 (1990); כן ר' בג"ץ 6095/98 **לוקסנבורג נ' כבוד שופטת בית-משפט השלום ברחובות**, תק-על 98(3) 421; ע"פ (י-ם) 1362/99 **רפאלי נ' מדינת ישראל**, תק-מח 99(4) 5. הנשיא א' ברק סבור כי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן להסיק מכבודו של אדם גם את זכותו לעורך דין ואת זכותו למשפט הוגן (אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג, בעמ' 432).

גם לגבי אסיר, וכן להשמיט ממנו את המונח "רשות שיפוטית" כך שהוא יכלול בחובו גם ייצוג בפני רשויות רלוונטיות נוספות (כדוגמת ועדות שחרורים, ועדות פסיכיאטריות ועוד).

12. נוסף על כך, כחלק מהזכות לייצוג משפטי **יש לעגן במפורש גם את זכותו של אדם להיות מיוצג על ידי סניגור ששכרו ישולם על ידי המדינה, וזאת למי שידו אינה משגת או לפי תנאים שייקבעו בחוק**.[15] המדובר בזכות משלימה והכרחית לזכות הייצוג במובנה הבסיסי,[16] שגם מקובלת בתצורות שונות במספר חוקות בעולם.[17] זכות זו נדרשת גם לאור עקרון השוויון בפני החוק וכדי למנוע מצב שבו חסרון כיס יוביל לאפליה בין חשודים, נאשמים ונידונים. אכן, הסדרי הייצוג מטעם המדינה מוסדרים כיום באופן קונקרטי בחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995. ואולם, מן הראוי מבחינה ערכית (וגם סמלית) כי שיטת המשפט הישראלית תעגן את זכות הייצוג על ידי עורך דין במימון המדינה גם בהסדרה החוקתית העוסקת בזכויות היסוד בהליכים פליליים.

13. לעניין זה יש להזכיר כי טרם הקמתה של הסניגוריה הציבורית, נשפטו רוב רובם של העצורים והנאשמים בישראל ללא ייצוג וללא ייעוץ משפטי. סמכויות שלטוניות הכרוכות בפגיעה חמורה בחירותם וכבודם של אנשים, דוגמת סמכות המעצר, פעולות במהלך החקירה והסמכות להטיל עונשי מאסר, הופעלו כלפי חשודים ונאשמים לא מיוצגים. מחזה נפוץ ושכיח היה לראות חשודים ונאשמים העומדים בפני בית המשפט כשהם לא בקיאים בחוקים השונים, מתקשים להבין את השפה המשפטית ולא מצליחים לבטא את עצמם באופן ראוי לפני השופט. נתונים ממקורות שונים העידו עד כמה שכיחה היתה הבעיה של העדר ייצוג בהליכים פליליים: כ-60% מהנאשמים בבתי משפט השלום לא היו מיוצגים במשפטם; כך גם כ-85% מהקטינים שעניינם נדון בבתי המשפט לנוער; וכ-80% מהעצורים לצורך חקירה בדיונים בבקשות להארכת מעצריהם. בהקשר זה, הטרידה במיוחד התופעה של חוסר שוויון בולט בין המרכז לפריפריה, כאשר שיעורי הייצוג בבתי המשפט במחוזות הצפון והדרום היו נמוכים בהרבה מאלה שבבתי המשפט במרכז הארץ.[18] על רקע מציאות עגומה זו, אשר זכתה גם לביקורת ציבורית חריפה, נאמרו הדברים הבאים של השופט ד' לוין:

> "זכותו של נאשם להיות מיוצג בהליך פלילי לפני בית המשפט זכות חשובה ויסודית היא... כשמדובר בהליך פלילי ובחשש אפשרי לאובדן החירות, "את פתח לו"

---

[15] יפים בהקשר זה דבריו של פרופ' יורם שחר: "מקום שמדינה שלמה מתייצבת מול אדם וזורקת בו אשמה פומבית, והיא משלמת שכרו של פרקליט מיומן שיעשה בלהטוטי מקצועו כדי לגלות קלונו וכדי להביא עליו עונש, דורשת ההגינות שתעמוד לרשותו של אותו אדם מידה זהה של מיומנות מקצועית, כדי להתגונן" (יורם שחר, "סדר דין פלילי", **ספר השנה של המשפט בישראל** (תשנ"ב-תשנ"ג), בעמ' 399).

[16] למשמעותה של זכות הייצוג במימון המדינה, ר' יואב ספיר "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי** 397, 411 (2009).

[17] כך למשל בריטניה, יפן, פולין, איטליה וניו-זילנד.

[18] להרחבה, ר' **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2015** (2016), בפרק "הסניגוריה הציבורית – סיכום 20 שנות פעילות", בעמ' 8-9, 12-14, והאסמכתאות המובאות שם (בין היתר, קנת מן, "מחקר: היקף ייצוגם של נאשמים במשפטים פליליים", **הסניגור** 58, 3-8 (2002). ניתן לעיין בכל דוחות הפעילות השנתיים של הסניגוריה הציבורית בקישור הבא: https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/annual-report-all.

לנאשם. בין שהוא דל ואביון ולא יכול להיעזר בשל כך בסניגור יודע דת ודין, בין שהעונש הצפוי לו הוא כבד במיוחד, אפילו בעל אמצעים הוא ואינו ממנה לו סניגור, ובין שהוא אדם שבגלל מגבלות שבאישיות קשה להניח שיוכל לתרום להליך המשפטי, להציג את עמדתו ואת גירסתו כראוי ולהביא למיצוי האמת ... אילו רק ניתן היה לכונן על-פי דין לצד תביעה הכללית המייצגת את המדינה גם סניגוריה כללית-ציבורית, העומדת לשירות הנאשמים הבאים לדין, כי אז היה זה הפתרון הרצוי שהיה מביא ברכה לנאשמים וכן גם למנגנון עשיית המשפט והצדק".[19]

14. הקמתה של הסניגוריה הציבורית והתבססותה הביאו למהפכה של ממש בתחום המשפט הפלילי, ובפרט לעניין מימושה של זכות הייצוג הלכה למעשה. כיום, הרוב המוחלט של העצורים והנאשמים מיוצגים בידי עורך דין, והסניגוריה הציבורית מעניקה ייצוג משפטי **בכל שלבי ההליך הפלילי**: החל ממתן ייעוץ לחשודים עצורים במהלך החקירה המשטרתית, דרך ייצוגם בהליכי המעצר, עובר לייצוגם בשלבי בירור האשמה והטיעון לעונש בתיקים הפליליים, ולהגשת ערעורים, בקשות רשות ערעור, בקשות לדיון נוסף ובקשות למשפט חוזר בעניינם, וכלה בייצוג אסירים בפני ועדות השחרורים, בייצוג עברייני מין בהליכים לפי חוק הגנה על הציבור מפני עבירות מין ובייצוג חולי נפש המאושפזים בכפייה בפני ועדות פסיכיאטריות. **מדובר בהישג מרשים של מערכת המשפט הישראלית – ושל מדינה ישראל בכלל – שיש להתגאות בו ולהכיר בו גם במישור החוקתי.**

עקרונות יסוד באחריות הפלילית (סעיף 5)

15. על פי דברי ההסבר לתזכיר, מטרתו של סעיף זה היא לעגן עקרונות יסוד של המשפט הפלילי, "שהם בגדר מושכלות יסוד של המשפט הפלילי בישראל ובעולם". המדובר בעקרונות יסוד "תשתיתיים" המהווים כיום בסיס לקביעת עבירות ולהטלת אחריות פלילית, ומשכך מוצע כעת לתת להם מעמד חוקתי. בהקשר זה התזכיר מציע לקבוע בחוק היסוד את העקרונות הבאים: עקרון החוקיות, האיסור על הטלת אחריות פלילית וענישה רטרואקטיבית, עקרון האשמה ועקרון האחריות האישית. **הסניגוריה הציבורית סבורה כי הסדר חשוב זה לוקה בחסר וכי ראוי לכלול בו עקרונות יסוד "תשתיתיים" נוספים, כפי שיפורט להלן.**

16. **עקרון בהירות החוק הפלילי** – בסעיף 5(א) לתזכיר, מוצע לעגן את עקרון החוקיות שלפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או לפיו". בדברי ההסבר מצוין (בקצרה) שאחת המשמעויות של עקרון זה היא ש"על האיסורים הפליליים להיות בהירים וברורים דיים, באופן שיהיה בהם כדי להכווין את התנהגות הציבור". אנו סבורים כי יש לעגן במפורש בחוק היסוד את עקרון הבהירות, שלפיו לא יורשע ולא ייענש אדם אלא על פי הוראת חוק ברורה ומובנת,

[19] **ע"פ אברג'יל**, הערה 14 לעיל, בעמ' 208.

וזאת בין אם כתוספת בלשון סעיף 5(א) ובין אם כסעיף עצמאי. עקרון הבהירות של החוק הפלילי נועד לחזק ולקיים באופן מלא את תכליותיו של עקרון החוקיות. זהו עקרון חיוני שמטרתו להבטיח כי אדם יידע, בעת ביצוע מעשה מסוים, אם המעשה חוקי או לאו, ומהו העונש המרבי הצפוי בגינו. עקרון בהירות החוק נחשב מימים ימימה כחלק אינטגראלי מעקרון החוקיות.[20] מדובר בדרישה "בעלת היבט חוקתי מובהק".[21] כפי שציין פרופ' אהרן ברק, "הגבלה 'בחוק' משמעותה שהחוק צריך להיות כללי, פומבי, ידוע ומפורט. החוק צריך להיות נגיש (בהבנה אליו) וודאי (בתחומי פריסתו). על כן, חוק פלילי 'סתום' (vague) אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה".[22]

17. **עקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים** – עקרון זה זוכה לביטוי כיום בסעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין", ואנו סבורים כי מן הראוי לעגנו כעת בהסדרה החוקתית. כפי שנקבע בבית המשפט העליון, "עקרון החוקיות אינו מתמצה בדרישה הפורמלית כי האיסור הפלילי ייקבע בחוק. לעקרון החוקיות יש גם מובן מהותי, המכיל דרישות שונות שעל החוק הפלילי לקיים [...] אחת מהנגזרות של עקרון החוקיות הוא כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם".[23] יתרה מכך, כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים אינו נובע ישירות רק מעקרון החוקיות ומהשאיפה למתן אזהרה הוגנת לפרט, אלא יש לו גם רציונאל חוקתי עצמאי הנובע מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכתיב העדפה של קיום זכויות האדם (והנאשם) על פני הגבלתן, וזאת בייחוד בהליכים פליליים שעניינם שלילת חירות.[24]

18. **עקרון השיוריות הדין הפלילי** – על פי עקרון השיוריות בפלילים, המשפט הפלילי נועד להיות מוצא חברתי אחרון משום שהוא כרוך בפגיעה משמעותית ביותר בזכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים וביצירת מעגלים של הכבדה להמשך השתלבות חברתית נורמטיבית עבורם. על כן, יש לנקוט בהליך פלילי כנגד אדם רק כאשר אין כל אמצעי אחר, לבר-פלילי, אשר יגשים את מטרות ההעמדה לדין.[25] כפי שצוין בפרשת **רותם**, "עקרון השיוריות הפלילית קובע כי את כוחו של המשפט הפלילי בהעמדה לדין יש להפעיל רק כמוצא אחרון, ובהעדר אמצעי אחר שמגשים באותה מידה את תכליותיו. בהקשר זה ניתן להתייחס לשני מובנים של עקרון השיוריות: הראשון, נוגע לגבולות המשפט הפלילי ולעצם הכרעת המחוקק להפללתה של נורמה מסוימת;

---

[20] ר', למשל, ע"פ 205/73 **רוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973). כן ר' ע"פ 54/53 **אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ח 785 (1954), בפס' 2 לפסק דינו של השופט זילברג; כן ר' ש"ז פלר **יסודות בדיני העונשין** כרך א (1984), בעמ' 15-17.

[21] יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 108 (מהדורה שלישית, 2014).

[22] אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג 5, 18 (תשנ"ו-תשנ"ז).

[23] ע"פ 766/07 **כהן נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 19.11.2007), בפס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס; כן ר' ע"פ 3583/20 **פלוני נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 9.11.2020), בפס' 37 לפסק דינו של השופט שטיין.

[24] בועז סנג'רו, "פרשנות מרחיבה בפלילים?! האמנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'? על נשיא בית המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת", **עלי משפט** ג(1) 165, 168-169 (2003).

[25] להרחבה, ר' **רבין ו-ואקי**, הערה 21 לעיל, בעמ' 39-43.

והשני, שהוא במוקד עניינו, נוגע לאופן שבו נאכף הדין הפלילי – על ידי רשויות התביעה, במקרה פלוני – ולכך שהפעלת הדין הפלילי צריך להיעשות כ"מוצא אחרון" ובהעדר אמצעי שפגיעתו פחותה".[26] עקרון זה בא לידי ביטוי גם בשורה של הסדרים חקיקתיים, כדוגמת תיקון מס' 61 לחוק סדר הדין הפלילי שעניינו הסדר סגירת תיק מותנית וסעיף 12א לחוק הנוער שעניינו הליכים חלופיים לקטינים עוברי חוק; הוא משתלב באופן כללי עם המגמה הגוברת להעברת הטיפול בהפרות הוראות חוק מסוימות – שלא בהכרח נלווה אליהן מטען אנטי-חברתי מובהק – מן ההליך הפלילי הקלאסי אל ההליך המינהלי (בהקשר האחרון לאחרונה הוקם על ידי שר המשפטים צוות בינמשרדי בנושא דה-פליליזציה); והוא גם נדרש מבחינה מעשית לנוכח תופעות פסולות הקיימות בישראל כגון הגשת כתבי אישום בגין זוטות.[27] בעינינו עקרון שיוריות הדין הפלילי ראוי לביטוי חוקתי,[28] ולכן מוצע לשלב הוראה בחוק היסוד שלפיה "הליך פלילי יינקט נגד אדם רק כאשר אין כל אמצעי אחר אשר יגשים את מטרת ההעמדה לדין".

19. **עקרון הסיכון הכפול** – המדובר בעקרון תשתיתי בסיסי, שגם מקובל בחוקות אחרות בעולם.[29] עקרון זה זוכה כיום לביטוי, בין היתר, בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי שכותרתו "אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד" (ובמידה מסוימת גם בסעיף 186 לאותו חוק שלפיו אדם לא ייענש "יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה"). בהקשר זה, מוצע לעגן במפורש בחוק היסוד סעיף שלפיו "אין להרשיע או להאשים אדם בשל מעשה או מחדל שבגינו הורשע או זוכה בעבר".

<u>חזקת החפות</u> (סעיף 6)

20. סעיף 6 לתזכיר מציע לקבוע כי "נאשם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית". בראש ובראשונה, יש להחיל את הסעיף על "**אדם**", ולא רק על "נאשם", שכן מטבע הדברים חזקת החפות חלה גם – ואף וביתר שאת – בשלבים מוקדמים יותר של ההליך הפלילי.

21. בצד האמור, הסניגוריה הציבורית סבורה כי בצד עיגון חזקת החפות בחוק היסוד, **יש לעגן במפורש (בין אם במסגרת סעיף 6 ובין אם בסעיף נפרד) את העיקרון שלפיו לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה, <u>אלא אם כן הוכחה אשמתו בדין מעבר לספק סביר</u>**.

---

[26] דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 15.12.2021), בפס' 93 לפסק דינו של השופט פוגלמן; כן ר' אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שיוריות המשפט הפלילי", **ספר אליהו מצא** 373 (2015); רע"פ 8182/18 **מושיא נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 18.2.2020), בפס' 87-89 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

[27] להרחבה, ר' בין היתר **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2015** (2016), בעמ' 27-29; **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2018** (2019), בעמ' 15-18.

[28] לדעה הרואה בעקרון השיוריות כעקרון בעל מעמד חוקתי, הנובע מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ר' **ואקי ורבין**, הערה 21 לעיל, בעמ' 42; על הקשר בין עקרון השיוריות לבין תפיסות חוקתיות ומבחני מידתיות, ר' בג"ץ 88452 **שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 12.7.2020), בפס' 18-24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

[29] התייחסויות לעקרון זה מופיעות, בין היתר, בדרום-אפריקה, ארצות-הברית, קנדה וגרמניה. עקרון זה מופיע גם בסעיף 14(7) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

22. עקרון הספק הסביר אמנם הוזכר בדברי ההסבר לתזכיר, תוך הפניה לסעיף 34כב לחוק העונשין, ותוך ציון כי חזקת החפות ורף ההוכחה בפלילים הם "שני צדדים של אותו מטבע". ואולם, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון, עקרון הספק הסביר מהווה עקרון עצמאי ומשלים לחזקת החפות אשר קיבל "משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".[30] לעניין זה יפים גם דבריה של השופטת פרוקצ'יה:

> "החובה להוכיח אשמה פלילית של נאשם מעבר לספק סביר הינה **דרישה בעלת אופי חוקתי**. היא נגזרת מזכות היסוד של האדם לחופש, ולהגנה על חירותו האישית מפני מעצר ומאסר, ומפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב ... יש להבחין בין חזקת החפות לבין קיומו של ספק סביר המונע הרשעה. חזקת החפות היא המחייבת זיכוי נאשם אלא אם כן הוכחה אשמתו. זוהי חזקה ראייתית הנתונה מכוח החוק לנאשם, כל עוד לא הובאו ראיות מספיקות לאשמתו. שאלת הספק הסביר קשורה בדיותן ומשקלן של הראיות המפלילות, ואלה מכריעים האם הופרכה חזקת החפות, אם לאו. לפיכך, **חזקת החפות והספק הסביר אינם מושגים חופפים, אלא מושגים המשלימים זה את זה**. מכאן, שלנאשם עומדת חזקת החפות כל עוד אשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר".[31]

23. לפיכך, עקרון הספק הסביר חייב לבוא לידי ביטוי מפורש בחוק היסוד, בהיותו עקרון "תשתיתי" עצמאי וחלק אינטגראלי ממושכלות היסוד של המשפט הפלילי.

<u>הפללה עצמית</u> (סעיף 7)

24. תזכיר החוק מציע לעגן בחוק היסוד את הזכות להימנע מהפללה עצמית, בשני היבטים: אדם זכאי שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה פלילית; ואדם זכאי שלא יכפו עליו להעיד בפני רשות שיפוטית בהליך פלילי שהוא מואשם בו. לטעמנו, **נוסח מוצע זה מצמצם באופן ניכר את הזכות להימנע מהפללה עצמית ואף מעורר חשש להרעת המצב המשפטי והחוקתי הקיים**. בפרט, על פי הנוסח המוצע הזכות להימנע מהפללה עצמית תהיה מוגבלת רק לשלב גביית ההודעה בחקירה, ובכך הוא מתעלם מהוראות החוק והפסיקה שלפיהן זכות זו חלה גם בשלבים אחרים של ההליך הפלילי, וכן ביחס למסירת כל ראיה או מסמך.[32]

יתרה מכך, הסעיף אינו כולל התייחסות כלשהי לזכות השתיקה ובכך הוא עלול ליצור הסדר שלילי לגבי עצם קיומה של הזכות במשפט הישראלי, לא כל שכן ביחס למימושה בפועל וכיבודה על ידי רשויות האכיפה.

---

[30] ע"פ 9809/08 **לזרובסקי נ' מדינת ישראל**, בפס' 71-72 לפסק דינו של השופט ג'ובראן
[31] ע"פ 6295/05 **וקנין נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 25.1.2007), בפס' 43-44 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
[32] לעניין זה ר' ע"פ 1761/04 **שרון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(4) 9 (2004).

25. הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית מוקנית בדין לכל אדם,[33] ואחד הביטויים המובהקים שלה הוא זכות השתיקה. אכן, בצורתה ה"מוחלטת" – שלא לפצות פה ולא לומר דבר – הוענקה זכות השתיקה על ידי המחוקק, במפורש, רק לנאשם במסגרת משפטו.[34] כשמדובר בהליך החקירה, החיסיון מפני הפללה עצמית מקנה זכות שתיקה "יחסית", דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. ואולם, כשהמדובר בחשוד בביצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת.[35] יוצא, איפוא, כי התפיסה המקובלת בשיטת המשפט הישראלית היא שלנחקר יש זכות שתיקה מלאה בשלב החקירה, אף אם היא לא מעוגנת במפורש בחוק. פרופ' אהרן ברק אף הביע את דעתו כי יש להכיר בזכות השתיקה כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[36]

26. בהתאם לכך, וכפי שצוין גם בדברי ההסבר לתזכיר, במסגרת הצעת החוק הממשלתית המקיפה בעניין זכויות נחקרים וחשודים (שזכתה לכינוי "רפורמת הליך הוגן"),[37] מוצע כי **לנחקר שהוא חשוד תעמוד זכות שתיקה מלאה**, וכי הוא לא יהיה חייב לומר דבר (בצד זאת, מוצע לקבוע כי לשתיקה בחקירה יהיה ניתן לייחס משמעות ראייתית מוגבלת). בדברי ההסבר להצעת החוק, מוסברים הטעמים לעיגונה בחוק של זכות השתיקה בחקירה, במובנה המלא:

> "הטעמים העיקריים למתן זכות שתיקה מלאה הם, בין השאר, החשש מפער הכוחות בין החשוד לבין החוקרים וניצולו לרעה; חשש מפני הודאות שווא הנובעות מלחץ, בלבול ומצוקה; רצון להימנע מהטלת חובות עשה; תפיסה שלפיה על התביעה לגייס ראיות בכוחות עצמה ולא על הנאשם לספקן; וכן החשש שהחשוד לא ידע בשעת החקירה האם אמירה כלשהי מפלילה אותו אם לאו".[38]

27. על רקע דברים אלה, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש להרחיב את הזכות להימנע מהפללה עצמית (ואת זכות השתיקה), בהתאם למגמות בחקיקה ובפסיקה, ומוצע לקבוע בחוק היסוד את ההוראות הבאות:

א. אדם זכאי שלא לומר דבר בחקירה המתנהלת נגדו.

ב. אדם זכאי שלא לומר דבר או למסור ראיה שעשויים להפלילו.

ג. אדם זכאי שלא להעיד במשפט פלילי המתנהל בעניינו.

---

[33] ר' סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות); סעיפים 47 ו-52 לפקודת הראיות [נוסח חדש]; רע"א 5381/91 **חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל**, פ"ד מו(3) 378, 380-381 (1992).

[34] סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

[35] ר' למשל ע"פ 533/82 **זכאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 59, 69 (1984); ומאמרו של פרופ' אליהו הרנון, "על זכות השתיקה", **משפטים** א 95.

[36] **ברק**, הערה 22 לעיל, בעמ' 23.

[37] הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים (תיקון מס' 9), התשע"ח-2008.

[38] ר' גם רע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' שרון**, פ"ד נח(1) 748, 759 (2003).

זכויות בהליכי מעצר וחקירה (סעיפים 8 ו-9)

28. **עקרון היסוד של 'מעצר ככלי אחרון'** – הסניגוריה הציבורית מציעה לעגן בחוק היסוד את עקרון-העל הקבוע כיום בחוק המעצרים שלפיו לא ייעצר אדם "אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה".[39]

מזה שנים הסניגוריה הציבורית שבה ומתריעה על ריבוי המעצרים בישראל ועל המגמה המטרידה של גידול עקבי במספר המעצרים.[40] כידוע, בשנת 1996 נחקק חוק המעצרים החדש אשר לא נולד בחלל הריק, אלא בא לעולם על רקע ריבוי הביקורות החריפות והצטברות הנתונים המדאיגים על השימוש הנרחב מדי בסמכויות המעצר, המחסור בבקרה מספקת של בתי המשפט על הליכי מעצר ותנאי המחייה הקשים במתקני המעצר בישראל.[41] מחוקקי חוק המעצרים ביקשו להתאים את דיני המעצר ותנאי המעצר בישראל לעידן החוקתי, ובמיוחד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[42] ההנחה היתה כי החוק החדש יביא לצמצום במספר המעצרים – הן לצורך חקירה והן עד לתום ההליכים – אשר במדינה ליברלית אמורים להיות החריג ולא הכלל, תוך הפחתת רמת הצפיפות בתאי המעצר ושיפור תנאי המחייה בהם. ואולם, הנתונים מלמדים שמספר המעצרים במדינת ישראל לא רק שלא פחת מאז חקיקת חוק המעצרים, אלא הלך וגאה.[43]

שימוש יתר במעצרים פוגע בצורה אנושה לא רק בזכויותיהם של העצורים לחירות ולכבוד, אלא גם בהגינות ההליך המשפטי ובסיכוי להביא לתוצאה צודקת. כך למשל, הסיכוי לשבור את רוחו של חשוד באמצעות המעצר לצרכי חקירה ולגרום לו להודות בדברים שלא עשה גדול יותר כאשר מדובר במי שחירותו נשללה. מעצרים עד תום ההליכים, שלעתים מתמשכים חודשים ארוכים (ואף מעבר לכך), מקשים על הנאשם לנהל את הגנתו כראוי ולעתים מהווים לחץ חזק לוויתור על טענות הגנה ולעריכת הסדר טיעון שתוצאתו אינה חמורה מן המעצר בו צפוי הנאשם להיות נתון ממילא. למעצר עד תום ההליכים, אף בהעדר הסדר טיעון, עלול להיות גם אפקט מחמיר מבחינת העונש.[44]

ריבוי המעצרים הוא מהתופעות המטרידות ביותר כיום במערכת המשפט הפלילי, ולדעת הסניגוריה הציבורית יש לה השלכות מדאיגות על משטר זכויות האדם בישראל ועל היחס שבין

---

[39] סעיפים 13(ב) ו-21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

[40] להרחבה, ר' **דוחות הפעילות השנתיים של הסניגוריה הציבורית**, בפרקים העוסקים ב"ייצוג חשודים ועצורים על ידי הסניגוריה הציבורית".

[41] ר', בין היתר, מבקרת המדינה **דוח שנתי 45 – לשנת 1994 ולחשבונות שנת הכספים 1993** (1995), בעמ' 377-393; האגודה לזכויות האזרח בישראל **זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 1996**; קנת מן "היקף מעצר עד תום ההליכים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב" **עיוני משפט** יב 517 (1987).

[42] על הקשר בין חוקי היסוד ותפיסת זכויות האדם לבין חקיקתו של חוק המעצרים ופרשנותו, ר' בין היתר, ההקדמה לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק תשנ"ה 2366, בעמ' 306); דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995); חיה זנדברג **פירוש לחוק המעצרים** חלק א 8-9, 16, 33-34 (2001), והספרות הענפה המוזכרת שם.

[43] כך עולה מהנתונים המובאים בשנתונים הסטטיסטיים של משטרת ישראל. כן ר' חגית לרנאו "מתכון לחקיקה לא יעילה: המקרה של חוק המעצרים" **מחקרי משפט** כד 123 (2008).

[44] להרחבה על נזקי המעצר, ר' למשל **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2017** (2018), בעמ' 24-28.

הפרט לשלטון. על רקע זה אנו סבורים כי יהיה זה נכון וראוי להעלות את עקרון-העל של חוק המעצרים שעניינו 'מעצר ככלי אחרון' לדרגה החוקתית של חוק היסוד.

29. **זכותם של החשוד והעצור להיות מיודעים על זכויותיהם** – הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לכלול בחוק היסוד הוראה שתעגן את זכותם של החשוד והעצור להיות מיודעים בתחילת החקירה או בעת המעצר, לפי העניין, על זכויותיהם לפי כל דין. זכות יסוד זו הוכרה על ידי בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין, ובהקשרים שונים. יש חשיבות עצומה לעגן ברמה החוקתית את זכותו של אדם להיות מיודע על זכויותיו בחקירה ובמעצר, שכן לכל הזכויות הנתונות לו 'על ספר' אין משמעות של ממש אם האדם לא יודע על קיומן ולא מבין אותן. העיגון החוקתי המלא של זכות היידוע יצמצם את המקרים בהם אנשים כלל אינם יודעים על קיומן של זכויות בסיסיות וחשובות בשעה שחירותם נפגעת באופן קשה ביותר. זכות היידוע נועדה גם לוודא שככל שהחשוד או העצור ויתרו על זכויותיהם, הרי שהדבר נעשה במודע ומתוך רצון חופשי ומלא.

<u>נפגעי עבירה</u> (סעיף 10)

30. על פי תזכיר חוק היסוד, מטרתו קשורה בטבורה ב"הכרה האוניברסלית והטבעית בצורך להגן על העצור, החשוד או הנאשם מפני כוחה העודף של המדינה ושל רשויות השיטור והאכיפה שלה, בעת שהוא נמצא במצב פגיע ומוחלש כמושא של חקירה או משפט פליליים". מלכתחילה איפוא, חוק זה נועד לאזן בין פערי הכוחות שקמים בין רשויות המדינה העוצמתיות לבין האדם שכוח זה מופנה נגדו (קרי החשוד, העצור והנאשם), להגדיר את גבולות השימוש בכוח זה, ובמיוחד לרסנו. לעומת זאת, הזכויות המנויות בחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001 ככלל נוגעות לקבלת מידע ולהבעת עמדה בנקודות מסוימות (לרוב בשלבים מאוחרים יחסית של ההליך הפלילי). אלו זכויות חשובות, אך לדעתנו **אין הן מתאימות בהכרח במהותן לעיגון חוקתי**. כך שקושי אחד ביחס לסעיף הנוגע לנפגעי העבירה נובע מחוסר ההתאמה שלו למטרת חוק היסוד בכללותו ולטיב הזכויות שהוא מעגן.

31. יתרה מכך, חוק זכויות נפגעי עבירה נועד, על פי סעיף המטרה שלו, "לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, **בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים**". על כן, גם בחוק שיוחד לזכויותיהם הפוזיטיביות של נפגעי עבירה סבר המחוקק כי קיימת חובה להבהיר באופן מפורש את היחס בין זכויותיהם של נפגעי עבירה לבין זכויותיהם של חשודים, נאשמים ונידונים, ואת עדיפותם של האחרונים על פני הראשונים ככל שקיימת התנגשות ביניהן.

32. על אחת כמה וכמה נדרשת הבהרה כזו, ככל שחוק היסוד אכן יכלול בסופו של דבר סעיף הנוגע לנפגעי עבירה, במסגרת חוק יסוד שבמהותו נועד להגן על מי שמופעל כוח נגדו במסגרת החקירה

והמשפט. אין זה ראוי כי חוק זה, שמבקש לעגן באופן חוקתי זכויות יסוד של מי שנמצאים בסכנת פגיעה מוגברת במסגרת ההליך הפלילי, יציב באותו מישור את מי שההליך הפלילי נועד לשרת ופועל להיטיב עמו, כשכוחה של המדינה מצוי לצידו ולעזרתו, לעיתים אף באמצעות סעדים אזרחיים וישירים שנפסקים לטובתו.

33. צירוף הדברים האמורים לעיל מעורר את החשש שחוק היסוד, שנועד להגן על זכויותיהם של מי שנמצאים בסכנת פגיעה מיוחדת מצד רשויות החקירה והאכיפה במסגרת ההליך הפלילי, ייתן הגנה פחותה לחשודים, לנאשמים ולנידונים. חשש זה מתעורר ביתר שאת ביחס לצמתים קריטיים בהליך הפלילי שבהם קיימת התנגשות ישירה בין הזכויות השונות. עוד מתעורר החשש כי הכללתו של סעיף זה בחוק יסייג את ההגנות הקיימות בו לחשודים ולנאשמים, ויהווה מכשיר לפגיעה שלטונית בזכויותיהם, בשם ההגנה על זכויות מתלוננים ונפגעי עבירה.

34. בנסיבות אלו, **אנו סבורים שאין מקום להכללתו של סעיף זה במסגרת חוק היסוד. ככל שבכל זאת, וחרף האמור, יוחלט להכליל סעיף זה במסגרת חוק היסוד, הרי שיש להעתיק במלואו את עקרון העל הקבוע בסעיף המטרה של חוק זכויות נפגעי עבירה, שלפיו אין בסעיף זה כדי לפגוע בזכויות חשודים, נאשמים ונידונים**.

<u>ענישה</u>

<u>ענישה אסורה</u> (סעיף 11)

35. סעיף 11 לתזכיר חוק היסוד מציע לקבוע כי "אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, אכזרי או לא אנושי". דומה שמדובר בניסוח מיושן מאד, שלקוח מחוקות בנות מאות שנים, ואינו הולם חוקה מתחדשת במאה ה-21. לא ברור מדוע האמצעי הגופני, האכזרי או הבלתי אנושי הוגבל רק ל"עונש", ולעניין זה הסניגוריה הציבורית מציעה כי **האיסור האמור יחול גם על "יחס" כאמור**, כפי שמקובל בחוקות רבות בעולם. בהקשר זה יצוין כי נמצא ש-63% (38 חוקות) מהחוקות בנות-ההשוואה לשיטה הישראלית אוסרות על יחס (treatment) פסול של המדינה כלפי הפרט, בנוסף לאיסור על ענישה פסולה.[45] כך גם נקבע באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה האירופית לזכויות אדם.

36. עוד מוצע כי האיסור יחול גם על עונש או יחס "**משפיל**", מונח אשר נובע ישירות מעקרון כבוד האדם וההגנה עליו, ואף הוא מתכתב עם מגמות מתקדמות יותר במשפט המשווה. לעניין זה,

[45] המדובר בחוקות מדינות ה-OECD, מדינות האיחוד האירופי, מדינות דמוקרטיות מתקדמות לפי מדד Freedom House ומדינות "מרחב הסמך" שהוזכרו בפסיקה חוקתית של בית המשפט העליון בארץ בין 1994-2010. הנתון ההשוואתי המובא כאן – וכן במקומות הבאים במסמך – מבוססים על הסקירה המשווה שנכללה ב**נייר המדיניות של המכון הישראלי לדמוקרטיה**, הערה 3 לעיל, כמו גם על הסקירות ההשוואתיות שנערכו במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.

נמצא כי ב-80% מהחוקות (129 חוקות) האיסור מוכוון גם לענישה מבזה/משפילה (תוך שימוש לרוב במונח degrading, וביתר המקרים humiliating). מבין חוקות אלו, כ-75% מהן אוסרות על שימוש באמצעים משפילים. וגם בהקשר זה – כך נקבע באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה האירופית לזכויות אדם.

37. בצד האמור, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לכלול בחוק היסוד את **עקרון המידתיות בענישה**, שלפיו "לא יוטל על אדם עונש חמור מהנדרש כדי להשיג את מטרות הענישה; עונש המוטל על אדם יהיה במידה הפחותה ביותר בהתאם לנסיבות העניין". הוראה ממין זה מתכתבת עם העיקרון המנחה בענישה הקבוע בסעיף 40ב לחוק העונשין (עקרון ההלימה) ועם האינטרס הציבורי החשוב שבשיקומם של עוברי חוק, וכן תסייע באיזון החשש מפני שימוש לא ראוי ואינפלציה בעונשי מאסר (הן במספר המאסרים והן באורכם) ובדרכי ענישה נוספות.

<u>עונש מוות</u>

38. הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש מקום לכלול בפרק הענישה שבחוק היסוד איסור על קביעת עונש מוות. כגישה עקרונית וערכית, אנו סבורים כי מן הראוי לבטל את עונש המוות בספר החוקים הישראלי. להלן יפורטו הנימוקים העיקריים לעמדתנו זו.

39. <u>הטיעון המוסרי כנגד עונש מוות</u> – בראש ובראשונה, ההתנגדות לעונש מוות מבוססת על הטיעון המוסרי בדבר זכותה (וליתר דיוק, העדר זכותה) של המדינה לקחת חייו של אדם, באשר הוא אדם, אפילו במקרה החריג בו ביצע את הפשע הנורא מכל. פעולת ההוצאה להורג – ובפרט כשהיא נעשית בחסות החוק והמשפט – מעוררת שאלות יסוד הנוגעות לגבולות האלימות שמדינה רשאית להפעיל כלפי היחיד, ומשדרת מסר קשה שמהותו זילות הערך של חיי אדם. **עונש מוות הוא עונש אכזרי ובלתי אנושי, וככזה הוא בלתי חוקתי**.[46] היתר למדינה לבצע פעולות המתה משפטיות "סטריליות" נושא עמו השפעות הרסניות על מערכת המשפט, ועל החברה בכללותה. כפי שנאמר, "לא זו בלבד ש(עונש מוות) אינו מכפר על הפגיעה בגופה של החברה, אלא הוא אף מוסיף עליה כתם חדש".[47]

ואולם, מעבר לעוול המוסרי והחברתי הכרוך בעונש המוות, קיימים גם טעמים מעשיים כבדי משקל כנגדו, הנתמכים בניסיון המר שהמצטבר במדינות בהן עונש המוות הופעל, ובהם החשש מטעויות ומהוצאות להורג של חפים מפשע והמגמה הבולטת של ביטול עונש המוות במדינות רבות בעולם.

[46] לדעה דומה, ר' למשל חיים כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט, ספר היובל** (1993) 25-28.
[47] הציטוט לקוח מתוך אלבר קאמי **הרהורים על הגיליוטינה** (1957).

40. <u>החשש מטעויות ומהוצאות להורג של חפים מפשע</u> – אין מערכת משפט החסינה מפני טעויות. טעות בהרשעתו של אדם ועניישתו של חף מפשע הן תמיד עוול נורא. **ייחודו של עונש המוות הוא בהיותו בלתי הפיך, כך שהטעות בהפעלתו וההוצאה להורג של אדם לשווא מקבלות משמעות מצמררת במיוחד**. כפי שציין ח"כ הרב מרדכי נורוק ז"ל, במהלך דיוני הכנסת בביטול עונש המוות בעבירת רצח: "עונש-המוות הוא מעוות שאינו ניתן לתיקון ... כשניתן עונש מאסר-עולם על-פי טעות, אפשר לתקן אותו בכל עת ובכל שעה, אבל מתים אי-אפשר להחיות... מפני טעמים ונימוקים אלה, אנו צריכים לדרוש את ביטול עונש-המוות".[48]

דברים נכוחים אלה אינם מהווים חשש ערטילאי, כפי שניתן להיווכח מנתוני פרויקט החפות ומקורות אחרים בארצות-הברית. מאז שנת 1973 ועד לשנת 2018, שוחררו יותר מ-160 נידונים למוות שהמתינו להוצאתם להורג, לאחר שהתברר כי הם חפים מכל פשע (בשנים האחרונות מדובר על ממוצע של 5 "מזוכאים" מדי שנה ששוחררו מאגף הנידונים למוות ויצאו לחופשי).[49] לאורך השנים תועדו בארצות-הברית גם עשרות מקרים של הוצאות להורג שבוצעו ובדיעבד התבררו כשגויות.

41. <u>מגמת ביטול עונש המוות במשפט המשווה</u> – הנימוקים שלעיל ואחרים הביאו למגמה עולמית, ברורה ועקבית, של ביטול עונש המוות. נכון להיום, למעלה מ-100 מדינות ביטלו את עונש המוות באופן מלא, ואליהן מצטרפות בכל שנה עוד ועוד מדינות.[50] חברות האיחוד האירופי מחקו את עונש המוות מספר החוקים שלהן לפני שנים רבות, ולמעשה הדמוקרטיה המערבית היחידה בה עדיין קיים ומופעל עונש מוות היא ארצות-הברית, אשר גם בה הולכת ומתחזקת המגמה של ביטול עונש המוות: עונש המוות בוטל ב-23 ממדינות ארצות-הברית, וב-3 מדינות נוספות הכריזו המושלים על הפסקת השימוש בו; בעשור הראשון של שנות האלפיים בוטל עונש המוות ב-3 ממדינות ארצות-הברית, ובשנים שלאחר מכן ועד כה בוטל העונש ב-8 מדינות נוספות.[51] מגמה זו זוכה לביטוי מובהק גם במישור החוקתי, כאשר 72 חוקות (או 88% מאלה בנות ההשוואה) אוסרות מפורשות על עונש מוות.

<u>**קטינים**</u> (סעיף 12)

42. תזכיר החוק, בגרסתו הנוכחית, נשען בחלקו על נוסחו של סעיף העקרונות הכלליים (סעיף 1א) שבחוק הנוער (שפיטה, ענישה, ודרכי טיפול, תשל"א- 1971). מדובר בסעיף ייחודי – שמלכתחילה נוסח באופן חוקתי – שבו הגדיר המחוקק עקרונות-על החולשים על כל תחומי

[48] פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 27.11.1951, בעמ' 480 (דיון בקריאה ראשונה להצעת חוק ביטול עונש-מוות, התשי"ב-1951).
[49] Death Penalty Information Center, **Facts about the Death Penalty** (Updated: November 5, 2018)
[50] מדינות שביטלו את עונש המוות בשנים האחרונות הן קונגו, מדגסקר, בנין, גינאה, בורקינה פאסו וצ'אד.
[51] לפירוט ר' כאן: https://deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty.

ההתייחסות לנוער עובר חוק. אכן, "זה מכבר השתרשה בשיטת משפטנו ההנחה העקרונית כי בעניינם של קטינים יש לבכר שיקולי שיקום".[52] ואולם, מתזכיר החוק הושמטו חלקים מהותיים מהעקרונות הכלליים שנקבעו בחוק הנוער. לטעמנו, **אין מקום להחסיר מחוק היסוד עקרונות יסוד אלו, שכן השמטתם חוטאת למטרות חוק היסוד, וחמור מכך, עלולה לייצר הסדר שלילי ולהתפרש בשגגה משל היה רצון המחוקק לוותר על מרכזיותם וחשיבותם**.

43. כך למשל, מנוסחו הנוכחי של סעיף 12 לתזכיר הושמטה ההתייחסות לשמירה על **כבוד הקטין** המופיע בחוק הנוער כעקרון ראשון במעלה בסעיף 1א. מעמדם הייחודי של קטינים מצריך הגנה יתרה על זכויותיהם, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בזכות כה מהותית ומרכזית כזכות לכבוד. ההכרה בזכותם של קטינים בהליך הפלילי לכבוד נקבעה גם בסעיף 40 לאמנה לזכויות הילד:

> "המדינות החברות מכירות בזכותו של ילד, אשר נטען כי הפר את דיני העונשין, או הואשם בהפרתם או נקבע כי הפר אותם, להיות מטופל **באופן המתיישב עם תחושת כבודו של הילד** וערכו העצמי, המחזק את הכבוד שהוא רוכש לזכויות האדם ולחירויות הבסיסיות של אחרים, תוך התחשבות בגיל הילד ובחיוניות שילובו בחברה ומילוי תפקיד יצירתי בה".

44. כבודם של קטינים אינו ככבודם של בגירים לעניין זה. שמירה על כבודו של קטין אינה מובנת מאליה. זאת, בשל היותם של קטינים נתונים לשלבי התפתחות שונים ובהתאם לכך גם יכולות משתנות; וכן ובשל היותם נתונים בחזקת הוריהם, אשר אמונים על ייצוגם בהליכים משפטיים. במצבם הייחודי יש מקום לעגן במפורש גם את הזכות לכבודו של קטין, אשר ממנה נגזרים רבים מהכללים ומההסדרים הפרטניים שנקבעו בחוק הנוער.

45. כמו כן, הנוסח הנוכחי של סעיף 12 לתזכיר השמיט את ההתייחסות לעקרונות ה**שילוב בחברה ותקנת השבים**. מרכיבים אלו אף הם מהווים עקרונות בסייסים ומהותיים בכל הנוגע לנוער עובר חוק, הנובעים ממאפייניהם הייחודיים של קטינים, ובהם מידת אשם פחותה ופוטנציאל שיקום גבוה מחד, והנזקים המועצמים שנגרמים לקטינים כתוצאה מההליך הפלילי מאידך.[53]

46. כיום מתעצמת ברחבי העולם ההכרה באי-התאמתו של ההליך הפלילי הרגיל לקטינים, בנזק העודף שהוא גורם להם, ובצורך בהתאמת הליכים ייחודים לצרכים ולמאפיינים של קטינים כחלופה להליך הפלילי. מגמה זו מבוססת על החשיבות הרבה הנודעת למניעת תיוגם של קטינים וחזרתם לתפקד בחברה הנורמטיבית, כפי שעולה גם מסעיף 40 הנ"ל לאמנה לזכויות הילד המדגיש את "**חיוניות שילובו (של הקטין) בחברה ומילוי תפקיד יצירתי בה**". לעניין זה, אך לפני כשנתיים פורסמה על ידי ועדת האו"ם לזכויות הילד הערה כללית מס' 24 (2019), המפרשת את אופן יישום האמנה לזכויות הילד בתחומי המשפט. בהערה פרשנית זו, נקבעו על

[52] רע"ב 5709/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 8.8.2016), בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.
[53] הערה כללית 24 על זכויות ילדים במערכת המשפט לילדים של וועדת האו"ם לזכויות הילד (2019), מבוא, סעיף 2.

ידי צוות המומחים הבין-לאומי המלצות מפורשות לפעול למניעת תיוגם של קטינים עוברי חוק ולהטיה מהליך פלילי להליך חלופי, שמניב תוצאות טובות יותר ומגשים את תכליות האמנה.[54]

47. מדינת ישראל, החתומה על האמנה לזכויות הילד, פועלת לקידום העקרונות החשובים של חזרה לחברה ותקנת השבים המופיעים בסעיף העקרונות של חוק הנוער.[55] אין זה ראוי שדווקא בנוסחו של חוק היסוד יושמט עיקרון חשוב זה, שלא בהתאם להמלצות בינלאומיות עדכניות, ולמגמה הכללית בעולם המחזקת המלצות אלו.

48. לפיכך, **הסניגוריה הציבורית סבורה כי חוק היסוד צריך לכלול בחובו את נוסחו המלא של סעיף העקרונות הכללים (סעיף 1א) שבחוק הנוער**.

<u>אנשים עם מוגבלות ואנשים עם קשיי שפה</u> (סעיף 13)

49. כהערה מקדמית, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש <u>להפריד</u> בין ההסדרים החוקתיים הנוגעים לאנשים עם מוגבלות לבין אלו של אנשים עם קשיי שפה. המדובר בשתי קבוצות שונות בתכלית, הנבדלות זו מזו מבחינת מאפייניהן וצרכיהן, ולכן ההסדרה החוקתית בעניינן צריכה להיעשות בנפרד. להלן יובאו הערותינו הקונקרטיות להסדרים אלו:

50. <u>באשר לאנשים עם מוגבלות בהליך הפלילי</u> – הנוסח המוצע לפיו "מימוש הזכויות של אדם לפי חוק יסוד זה ייעשה בהתחשב במוגבלות", זאת ותו לא, הוא כללי ומיושן ביותר. אין הוא עולה בקנה אחד עם העקרונות והסטנדרטים שהוצבו בדברי החקיקה הרלוונטיים לאנשים עם מוגבלות בהליך הפלילי, כגון חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (והתקנות שהוצאו מכוחו)[56] וחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו-2005,[57] וכן באמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.[58] במיוחד צורם העדר

---

[54] שם, בסעיפים 15-16.

[55] כדוגמת חקיקת סעיף 12א לחוק הנוער שעניינו הליכי חלופיים לנוער עובר חוק.

[56] סעיף 2 לחוק (סעיף המטרה) קובע כי "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו". בסעיף 6(2) לחוק נקבע כי "מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו ... תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות הענין". על החובה לבצע התאמות לאנשים עם מוגבלות, ר' גם את פסק דינו של הנשיא (דאז) א' ברק בבג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים רעות**, פ"ד נ(1) 19 (1996).

[57] בין היתר, חוק הליכי חקירה והעדה קובע חובות התאמה בעניין חקירת אדם עם מוגבלות שכלית על ידי חוקר מיוחד (סעיף 3); חובת הודעה על חקירה לבן משפחה או אפוטרופוס (סעיף 5); ליווי בחקירה של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית (סעיפים 8 ו-16); הסברת זכויות בשפה מובנת (סעיף 9); תיעוד החקירה (סעיפים 10 ו-17); וכן התאמות שונות בהליך המשפטי (סעיפים 20-23). החובה לבצע התאמות מצאה ביטוי גם בתחום הענישה: כך למשל, במסגרת תיקון מס' 102 לחוק העונשין, התשל"ז-1997 נקבע בסעיף 51יא לחוק כי הממונה על עבודות השירות יפעל בשקידה הראויה "למציאת מקומות לעבודת שירות למגוון סוגי אוכלוסייה, לרבות אנשים עם מוגבלויות" ובסעיף 51ב(ב1)(2) נקבע כי על הממונה לשקול את מוגבלותו של הנאשם לצורך השמתו בעבודת שירות מתאימה; בהקשר זה, ברע"פ 1/09 **אסרף נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 17.3.2020), קבע השופט רובינשטיין כי "לא יתכן, כי אדם עם מוגבלות ייאסר במקום שאחר לא ייאסר" (שם, בפס' ז').

[58] כך למשל, בסעיף 13 לאמנה עוגנה זכותם של אנשים עם מוגבלויות לנגישות לצדק, בשוויון עם אחרים, לרבות תוך ביצוע התאמות בהליך והתאמות תואמות גיל. גם בסעיף 14 לאמנה, העוסק בהגנה על חירותם של אנשים עם מוגבלות הוזכרו עקרון השוויון והזכות להתאמות סבירות.

ההתייחסות לזכויות היסוד של אנשים עם מוגבלות בכל הנוגע לעקרון ההשתתפות השווה והזכות לביצוע התאמות ולהנגשת ההליך.

יש לזכור כי מחקרים מצביעים על תופעה של ייצוג יתר של אנשים עם מוגבלויות בכל שלבי ההליך הפלילי. אנשים עם מוגבלות פגיעים יותר בהליך החקירה, והסיכוי שיודו במעשים שלא ביצעו גבוה יחסית לאוכלוסייה הכללית.[59] כמו כן, השהות במעצר או במאסר היא טראומטית וקשה במיוחד עבור אנשים עם מוגבלות לעומת אסירים אחרים ולעיתים הם פגיעים וחשופים לניצול, להתעמרות ולאלימות.

על כן, מוצע לקבוע סעיף ייחודי ונפרד בחוק היסוד בעניין אנשים עם מוגבלות בהליך הפלילי, אשר יקבע כי:

א. לא יישללו זכויותיו של אדם בהליך הפלילי מחמת מוגבלותו; אדם עם מוגבלות זכאי להשתתפות שווה בהליך פלילי שהוא צד לו, להנגשת ההליך ולביצוע התאמות הנדרשות כמענה לצרכיו המיוחדים.

ב. היה האדם עם המוגבלות חשוד, נאשם, נידון או אסיר, בהפעלת הסמכויות ובנקיטת ההליכים כלפיו יישקלו גם הפגיעה העודפת שעלולה להיגרם לו מחמת מוגבלותו וכן החיוניות של שילובו בחברה.

51. <u>באשר לאנשים עם קשיי שפה</u> – סעיף 13 לתזכיר החוק קובע אך ורק את החובה כי מימוש הזכויות לפי החוק ייעשה "בהתחשב" בקשיי שפה. בהקשר זה, מוצע לקבוע סעיף כללי ונפרד שלפיו "**אדם זכאי להבין את ההליך הפלילי המתנהל נגדו ואת השפה שבה הוא מתנהל**".

בית המשפט עמד לא אחת על חשיבות העובדה שחשוד יבין את מהות האשמות וטיב הליכי החקירה המתנהלים כנגדו, וקבע כי "כאשר לא זוכים החשוד או הנאשם לתרגום אפקטיבי הרי שנפגעת זכותם להליך הוגן, שכן נשללת מהם הזכות להבין את אשר הם מואשמים בו כמו גם יכולתם להסביר את עצמם ולהתגונן כנגד ההאשמות באופן שעשוי אולי להביא לטיהור שמם".[60] זכות יסוד זו עולה בקנה אחד עם הוראת החוק שלפיה "חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת סימנים";[61] וכן עם ההוראה שלפיה "הוברר לבית המשפט שהנאשם אינו יודע עברית, ימנה לו מתרגם או יתרגם לו בעצמו".[62] הזכות להבין את ההליך, שממנה נגזרת גם הזכות לתרגום נאות, אף היא מקובלת בחוקות רבות בעולם.[63]

---

[59] הילה שפרלינג-סטרן וליל פטישי, "שיטות חקירת חשוד והסיכון להודאת שווא", **הסניגור** 274, 4-11 (2020) – הספרות הענפה והאסמכתאות המובאות בהערת שוליים מס' 2.

[60] ע"פ 8974/07 **לין נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 3.11.2010), בפס' 8 לפסק דינו של השופט דנציגר.

[61] סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002. כמו כן, בסעיף 8(1) לחוק נקבע כי "תועדה חקירת חשוד בכתב בלבד, יהיה התיעוד בשפה שבה התנהלה החקירה" כן ר' הצעת החוק הממשלתית בעניין זכויות נחקרים וחשודים, שלפיה ההודעה לחשוד על זכויותיו ואזהרתו "יהיו בשפה אשר אותה דובר החשוד, ככל האפשר בנסיבות העניין" (סעיף 3ז(ב)).

[62] סעיף 140 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

[63] כך למשל, 83 חוקות בנות השוואה כוללות זכות לתרגום מידע שהמדינה מחויבת להעביר לפרט בהליך הפלילי עבור נחקרים, נאשמים או בעלי דין. בין החוקות שעיגנו את הזכות **להליך פלילי מובן**: ארצות-הברית, קנדה, האיחוד

<u>שקילת תכליות ההליך הפלילי</u> (סעיף 15)

52. על פי סעיף 15 המוצע לתזכיר, "בהגנה על זכויות יסוד לפי חוק יסוד זה ובמימושן יינתן משקל הולם גם למכלול תכליות ההליך הפלילי, ובכללן שמירה על שלום הציבור וביטחונו האישי של אדם". **הסניגוריה הציבורית סבורה כי מדובר בהוראה בעייתית ביותר, המכרסמת הן בהגנה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי והן בעקרונות החוקתיים שעוצבו עד כה בישראל. לסעיף המוצע אין תקדים בחקיקת היסוד הישראלית, ולמיטב ידיעתנו גם לא בשום מדינה מתוקנת בעולם. מעבר לכך, אף מן הבחינה המעשית זהו סעיף מיותר, לנוכח פסקת ההגבלה (הקבועה בסעיף 14) שכבר כוללת בחובה את יסוד "התכלית הראויה" ואת תנאי המידתיות המביא בחשבון את האינטרסים השונים**.

53. על פי המודל החוקתי, הזכות להליך פלילי הוגן ויתר הזכויות המנויות בחוק היסוד הן זכויות יחסיות, שנדרש לאזנן למול זכויות וערכים אחרים. ואולם, איזון זה מגולם כבר בפסקת ההגבלה (שחלה על כלל סעיפי חוק היסוד) וצריך להיעשות בהתאם לעקרונותיה. במסגרת זו ראויות להישקל גם יתר תכליות ההליך הפלילי, בהתאם לעוצמת הערכים החברתיים המוגנים, לתנאי המידתיות ולעיגון בחוק. אין הצדקה עניינית לקביעת מסלול נוסף, כללי ולא מוגדר, לפגיעה בזכויות יסוד ראשונות במעלה, במיוחד בהקשר בו נדרשת <u>הגנה מוגברת</u> על זכויות האדם. להוראה המוצעת עלולה להיות השפעה הרסנית הן ביחס לזכויות המנויות בחוק היסוד (והנגזרות ממנו), והן ביחס לזכויות האחרות הניתנות כבר כיום לחשודים ולנאשמים בחקיקה ובפסיקה.

54. יתרה מכך, הסעיף המוצע מגלם היפוך מוטעה של ההסדרה החוקתית הראויה בהליך הפלילי ועלול לייצר סלחנות לקיומן של פרקטיקות פעולה נפוצות של הפרות חוק על ידי רשויות אכיפת החוק. במקום לשאוף לכך שיצירת מגילת הזכויות החוקתיות תוביל לתרבות שלטונית המכבדת את זכויות היסוד של הפרט, הסעיף מבקש ליצור מסלול להכשרת הפרות אלו ולהגנה על התנהגות לא ראויה (ואף לא חוקית) של רשויות אכיפת החוק.

55. מושכלות יסוד הן כי במאזן הכוחות בין כוחה של המדינה בהפעלתה את הכלי הפלילי לבין הפרט שכלפיו הכלי מופעל, ידה של המדינה היא על העליונה. הוראת סעיף 15 מייצרת מצג שווא, כאילו המדינה והאינטרסים בשמם היא פועלת במסגרת הפעלת כוחה הרב בהליך הפלילי, הם שנזקקים להגנה חוקתית. כפי שציינה השופטת דורנר בפרשת **גנימאת**, "עניינה של תורת זכויות היסוד של האדם, ועניינו של חוק היסוד, הם באיזון בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צורכי הציבור. בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצורכי הציבור מגלמים את צורכי

האירופי ודרום אפריקה. 82% מהחוקות אף כוללות חובה להנגשה לשונית של המשפט הפלילי, ו-34% מהחוקות כוללות הנגשה לשונית של מידע המועבר בשלב המעצר. ב-60% מהחוקות אפילו נקבע מפורשות שהנאשם לא יישא בעלויות התרגום. כן ר' סעיף 14(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות היסוד של האדם מעיקרו".[64]

56. אשר על כן, **הסניגוריה הציבורית סבורה כי הותרת הסעיף על כנו תסיג לאחור את מצב זכויות חשודים, עצורים ונאשמים במדינת ישראל, והיא בבחינת "רגרסיה חוקתית" מסוכנת ומיותרת. לפיכך יש להשמיטו לחלוטין מנוסחו של חוק היסוד**.

<u>זכויות בניהול המשפט הפלילי</u>

57. חוק היסוד אינו כולל הוראה כלשהי המוכוונת באופן ייחודי לשלב המשפט הפלילי, על אף שבמובנים מסוימים שלב זה מהווה את "שיאו" של ההליך הפלילי. בראש ובראשונה, **הצענו לעיל לקבוע סעיף "הגנה על זכויות" שיחול גם בשלב המשפט פלילי** (ר' סעיף 9 למסמך זה).

58. ואולם בצד האמור, הסניגוריה הציבורית סבורה כי קיים משנה חשיבות גם בקביעת סעיף נפרד וייחודי שלפיו "**אדם זכאי להזדמנות סבירה להתגונן כראוי במשפט פלילי המתנהל נגדו**". הזכות לקבל זמן ואמצעים הולמים כדי להתגונן מופיעה גם בסעיף 14(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, אשר נחתמה ואושררה על ידי מדינת ישראל. תנאי יסוד לקיומו של הליך הוגן בפלילים הינו מתן אפשרות לנאשם להתגונן מפני ההאשמות המיוחסות לו.[65] לשם כך, על הנאשם לדעת מהם המעשים והעבירות בגינם הוא מואשם,[66] ולעיין בחומר החקירה הרלוונטי;[67] עליו לקבל הזדמנות הוגנת להכין את הגנתו ולהציגה בפני בית המשפט; עליו לטעון ולהישמע בפני בית המשפט; עליו להציג ראיות משלו ולחקור את עדי התביעה;[68] ועוד. כל אלו חוסים תחת כנפיה של הזכות להזדמנות סבירה להתגונן, הראויה לביטוי חוקתי מפורש בחוק היסוד.

<u>הזכות לתנאי כליאה הולמים</u>

59. ברבות השנים, הפכו מתקני הכליאה בישראל לאחת הפינות העזובות והנשכחות של החברה הישראלית. מידי שנה מפרסמת הסניגוריה הציבורית דוחות מסכמים בדבר תנאי כליאה, מהם

---

[64] **דנ"פ גנימאת**, הערה 42 לעיל, בעמ' 645.
[65] ר', בין היתר, דנ"פ 4603/97 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 160, 197 (1998).
[66] לעניין זה, ר' למשל סעיפים 184 ו-216 לחוק סדר הדין הפלילי.
[67] סעיף 74 לחוק הסדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.
[68] על חשיבותה הרבה של הזכות לחקירה נגדית להגנתו של הנאשם ולבירור האמת במשפט עמד השופט (כתוארו אז) אגרנט בבג"ץ 124/58 **היועמ"ש נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת**, פ"ד י"ג 5, 17: "... הלא חשיבותו של כלל זה נעוצה דווקא, כפי שראינו, בעקרון המחייב שלכל בעל-דין תהא האפשרות לבקר את העדות, שאדם פלוני השמיע לגבי ענינו, על ידי חקרו אותו עליה חקירה שכנגד; כלומר, בעקרון המקנה זכות - במובן של כוח - שהיא בעלת ערך רב עד מאד ושמתייחסים אליה כאל אחת הזכויות החשובות - אם לא הזכות החשובה ביותר - המוקנות לבעלי דין לשם הגנה על האינטרסים שלו בדיון השיפוטי הנערך לגביו".

עולה התמונה המטרידה כי חרף השיפור המסוים במצב תנאי הכליאה, במרבית המתקנים עדיין שוררים ליקויים חמורים וקשים, ובחלק מן המתקנים אסירים רבים שוהים בתנאים שאינם ראויים למגורי אדם.[69]

60. על רקע זה, במאי 2012 חוקק תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 בנושא תנאי כליאה הולמים. במרכז ההסדר שהתקבל על ידי המחוקק מצויה החובה הבסיסית בסעיף 11ב לפקודה לפיו "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". לצד זאת, עוגנה רשימה (פתוחה) של תנאי מחייה מינימאליים להם זכאי כל אסיר.[70] לבסוף, נקבעו בחוק סעיפים ספציפיים הנוגעים לזכותו של האסיר להשתלב בפעילויות שיקום, חינוך ופנאי וחובותיו של נציב בתי הסוהר בהקשר זה לבחון אפשרויות לשיקומו של האסיר ולנקוט צעדים להבטחת שילובו המירבי בפעילויות שיקום בין כותלי הכלא. הסדר משלים ודומה לעניין תנאי מעצר הולמים קיים כבר משנת 1996 בסעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

61. ההוראות האמורות בדבר תנאי מעצר ומאסר הולמים הן הוראות בעלות "ניחוח חוקתי", ועל פי פסיקת בית המשפט העליון יש להן קשר הדוק לזכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[71] הן משתלבות גם בנוף המשפט הבינלאומי, ובמיוחד עם סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שלפיה "אנשים שנשללה חרותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם".

62. על כן, **הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לכלול בחוק היסוד הוראה מפורשת שעניינה הזכות לתנאי כליאה הולמים, שלפיה "עצור או אסיר זכאי להיות מוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בכבודו כאדם, בגופו ובבריאותו"**.

הערות נוספות לדברי ההסבר

63. בתחילה נבקש להעלות הערה **במישור הכללי** לגבי דברי ההסבר לחוק היסוד: אנו סבורים כי בחלקים רבים בדברי ההסבר מובאים בהרחבה סייגים שמטרתם, כפי הנראה, היא לכוון לפרשנות מצמצמת של זכויות היסוד. כגישה עקרונית, אנו סבורים כי לא יהיה זה נכון לנקוט

---

[69] **דוחות הסניגוריה הציבורית בדבר תנאי המעצר והמאסר בישראל**. ניתן לעיין בכל הדוחות בקישור הבא: https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/public_defender_detention_and_imprisonment_conditions_reports

[70] ובכלל זה: תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ותנאי השגחה מתאימים; מיטה, מזרון ושמיכות לשימושו האישי, והחזקת חפצים אישיים; מי שתייה ומזון; בגדים, מוצרי היגיינה ומצעים; תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא; והליכה יומית באוויר הפתוח.

[71] ר', למשל, בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח'** (ניתן ביום 13.6.2017) (שטח מחייה מינימאלי לעצור ולאסיר); בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים** (ניתן ביום 12.2.2007) (מיטה לכל עצור ואסיר); בג"ץ 158/21 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים** (ניתן ביום 31.1.2021) (החובה לספק חיסונים נגד נגיף הקורונה לעצורים ואסירים).

במידה כזו של פירוט ביחס להיקפן של הזכויות, שממילא יזכו למענה בפסקת ההגבלה (וכן לאור קיומו של סעיף שמירת הדינים). על כן, מוצע לצמצם ככל הניתן את דברי ההסבר תוך התמקדות ברציונאלים של זכות היסוד ונגזרותיה הקונקרטיות בחקיקה ובפסיקה. להלן יפורטו הערות פרטניות נוספות באשר לדברי ההסבר.

64. **סעיף 3 (הזכות להליך הוגן)** –

א. מבחינה ניסוחית יש להקפיד על המונח "אדם" ולא "נאשם".

ב. יש לחדד מבחינה ניסוחית שהזכות להליך הוגן היא למעשה זכות-על, ממנה נגזרות זכויות קונקרטיות רבות. כפי שצוין ב**פרשת ישכרוב**: "הזכות להליך פלילי הוגן מהווה זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים".

ג. יש לעבות את החלק המאזכר את ביטוייה של הזכות להליך הוגן: כך למשל, בזכותו של נאשם להיות נוכח במשפטו ניתן להפנות לבש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500, 532); יש להוסיף התייחסות לזכות הטיעון (בש"פ 8015/09 **קוניוף נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 20.10.2009); לפומביות ההליך; לזכות הפנייה לערכאות; וכן לזכות לקבלת החלטה שיפוטית מנומקת.

ד. בצד האמור, יש להבהיר שהזכות להליך הוגן אינה מוגבלת רק לזכויות המפורטות בחוק היסוד, וגם לא לזכויות קונקרטיות המופיעות בחקיקה "רגילה", במובן זה שיכולה להיות הפרה של הזכות להליך הוגן גם אם היא לא "מתורגמת" באופן קונקרטי על ידי המחוקק לזכות קיימת בחוק (למשל, תרגיל חקירה של ביום ראיות בכתב או זיוף ראיות חפציות – ע"פ 2939/09 **פילצה נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 15.10.2019)).

65. **סעיף 4 (זכות ההיוועצות והייצוג)** –

א. יש להפנות להוראות החוק הקובעות כי ההיוועצות תיעשה בתנאים שיבטיחו את סודיות השיחה ואת קיומה ביחידות.

ב. יש להדגיש בדברי ההסבר כי על פי פסיקת בית המשפט העליון, זכות ההיוועצות בסניגור חלה <u>טרם החקירה</u>. עוד יש להדגיש את החובות שנקבעו בחוק ובפסיקה לעניין חובת החוקר ליידע את החשוד בדבר זכותו להיוועץ בסניגור, כפי שנקבעה בע"פ 5121/98 **ישכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח'**; בע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 4.11.2009), נקבע כי כאשר חשוד מעוניין להיוועץ עם עורך דין, יש להפסיק את החקירה ולהמתין לבואו של עורך הדין באם זה הודיע על הגעתו תוך פרק זמן סביר; ובפסק הדין בע"פ 8974/07 **לין נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 3.11.2010), נקבע על ידי בית המשפט העליון כי יש להקפיד על כריכת ההודעה על זכות ההיוועצות עם ההודעה על הזכות לסניגור ציבורי, וכי המועד הראוי למתן ההודעה הכפולה הוא <u>לפני תחילת החקירה</u>.

66. **סעיף 5 (עקרונות יסוד באחריות פלילית)** – ניתן להרחיב ולשלב את האמירות וההפניות שהובאו לעיל, ובייחוד לעניין עקרון בהירות החוק. כמו כן, יש לשלב בדברי ההסבר עקרונות יסוד נוספים באחריות הפלילית שזכו להכרה בפסיקה ובספרות, כגון: אין עונשין על דברים שבלב;[72] עקרון האשמה שלפיו אין להטיל על אדם אחריות העולה על מידת אשמתו;[73] אין עבירה ללא התנהגות מרצון;[74] ועוד.

67. **סעיף 6 (חזקת החפות)** – יש להקפיד על המונח "אדם" ולא "נאשם".

68. **סעיף 7 (הפללה עצמית)** – כפי שפירטנו לעיל, דברי ההסבר בחלק זה לוקים בחסר ובאי-דיוקים בסיסיים, ועל כן הם דרושים ריוויזיה משמעותית.

69. **סעיף 15 (שקילת תכליות ההליך הפלילי)** – מידת הרלוונטיות של ההפניה לדברי השופט שמגר בפרשת **גניאמת** אינה ברורה לנו: ראשית כל, אמירה זו היתה שנויה במחלוקת עזה בין השופטים בפרשה זו, ולמעשה אין היא מבטאת את התפיסה המקובלת בפסיקתו של בית המשפט העליון. שנית, לגופם של דברים, האמירה התייחסה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וספק אם היא רלוונטית כשמדובר בחוק יסוד שכל כולו נועד להגן על זכויות בהליך הפלילי. גם ההפניה לזכויות הכלליות לחיים ולביטחון אישי אינן ברורות לנו, שכן זכויות אלו חלות גם ביחס לחשודים, עצורים, נאשמים ואסירים. למעשה, יש בהן אף כדי להצדיק הגנה מוגברת יותר על זכויותיהם בהליך הפלילי.

בכבוד רב ובברכה,

ענת מיסד כנען, עו"ד
הסניגורית הציבורית הארצית

ישי שרון, עו"ד
מנהל תחום בכיר (חקיקה ומדיניות)
הסניגוריה הציבורית הארצית

[72] **פלר**, הערה 20 לעיל, בעמ' 31-34; **ברק**, הערה 22 לעיל, בעמ' 18; **רבין ו-ואקי**, הערה 21 לעיל, בעמ' 72.
[73] **רבין ו-ואקי**, הערה 21 לעיל, בעמ' 73, והאסמכתאות המובאות שם.
[74] **פלר**, הערה 20 לעיל, בעמ' 74.