



פורום המרצות והמרצים למשפטים
منتدى محاضرات ومحاضري القانون
لمعן הדמוקרטיה | من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 21: השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות

אכיפת החוק

הופץ ביום 2.3.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק.

אנו מוצאים כי:

- חקיקה פלילית, גם זו שהתקבלה לפי הפרוצדורות הדרושות לחקיקה, עשויה לפגוע בזכויות באופן בלתי חוקתי הן בהיבטים הקשורים למשפט הפלילי הדיוני, והן למשפט הפלילי המהותי.
- ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית היא היבט מרכזי של איזונים ובלמים במשטר הדמוקרטי.
- עד היום הכריז בית המשפט העליון כבלתי חוקתיים על שלושה דברי חקיקה הקשורים במשפט הפלילי, בהקשרים פרוצדורליים ועונשיים: שניים הקשורים לביקורת שיפוטית בהליכי מעצר, ואחד הנוגע להפרטת בתי הסוהר. איסורים מהותיים בדין הפלילי לא נפסלו עד היום.

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofssforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofssforum>. ליצירת קשר lawprofssforum@gmail.com.

- אם יאושרו השינויים המשטריים לפי תוכנית הקואליציה, יהיו לכך השלכות מרחיקות לכת על מידת ההגנה על זכויות יסוד של הפרט אל מול כוחה של המדינה בהפעלת המשפט הפלילי, משום שתצטמצם מאד - עד לכדי ביטול - האפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית. העדר ביקורת שיפוטית על חקיקה עלול לפגוע גם בזכויותיהם של נפגעות ונפגעי עבירה, אם יחוקקו חוקים השוללים את זכויותיהם, כאשר עד היום שימש חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאמור, כבסיס לפרשנות משפטית אשר הטיבה עם נפגעי עבירות, ביניהם החלשים ביותר בחברה, דוגמת ילדים.
- המשמעות תהיה שרוב פוליטי מזדמן יוכל לעשות שימוש לרעה בכלים של המשפט הפלילי ולהוביל לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות הפרט. זאת, הן בדרך של קביעת עבירות חדשות או החמרתן, באופן שעשוי לפגוע במיוחד בנשים ובאוכלוסיות חלשות, והן בדרך של יצירת חוקים חדשים (או תיקונים של קיימים) שעשויים לאפשר הפעלת כוחות שיטור ואכיפה פוגעניים, כגון הסמכה לשימוש ברוגלות ובאמצעי מעקב ללא צו שיפוטי, או ענישה דרקונית ללא כל מגבלה.
- בדמוקרטיה פופוליסטיות נעשה שימוש לרעה במשפט הפלילי. למשל בהטלת מגבלות על ארגוני החברה האזרחית ובהגבלת חופש הביטוי וביצירת תשתית המעודדת שחיתות.
- ביטול עילת הסבירות כביקורת שיפוטית כמו גם העדר עיגון מפורש של הזכות לשוויון עשויים בסבירות גבוהה לחשוף אוכלוסיות חלשות – אסירים, חשודים, נפגעי עבירה ואחרים – לפגיעות קשות ללא כל ריסון.
- למקצועיות שיפוטית משקל משמעותי וחשוב בהקשר של המשפט הפלילי. רבות מן ההגנות הפליליות פותחו בפסיקת בתי המשפט.

נימוקי נייר העמדה:

מבוא

המשפט הפלילי הוא משפט זכויות-האדם. זכויותיהם הבסיסיות של בני-אדם מונחות על הכף מ"שני צידי המתרס" של ההליך הפלילי: בין כחשודים בביצוע עברות, כנאשמים, או כאסירים; ובין כקורבנות הפשע או הנפגעים הפוטנציאליים של הפשיעה, שעליהם מיועד המשפט הפלילי להגן. מכיוון שההפיכה המשטרית המתוכננת תשפיע על מערכת המשפט הפלילי - היא תשליך באופן מיידי על זכויות-האדם בישראל. מטרתנו של נייר זה היא להנהיר ולהדגים השלכות חמורות אלה.

א. ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית, וחקיקה הפוגעת בזכויות אדם

הכוח שהמדינה מפעילה על אזרחיה בתחום המשפט הפלילי הוא כנראה המובהק ביותר מבין כלל ענפי המשפט. במסגרת המשפט הפלילי המדינה מפעילה אמצעי חקירה, כופה על בני-אדם מעצר, מאשימה ושופטת אותם, מענישה וכולאת אותם מאחורי סורג ובריח. הפגיעות עלולות להיות חמורות ביותר, לגעת במגוון רחב מאוד של זכויות, ובשלבם שונים של ההליך: הזכויות לחירות, לקניין ולשם טוב נפגעות תדיר בשלב הענישה הפלילית, והן – כמו גם זכויות אחרות כגון הזכות לפרטיות, לחופש עיסוק ולכבוד – נפגעות גם מוקדם יותר בשלבי החקירה והמשפט. מלבד הפגיעה בזכויות הנגרמת מחקירת עבירות, מהעמדה לדין ומענישת המורשעים, גם האיסורים הפליליים כשלעצמם מגבילים את חירויות הפרט. באופן בסיסי, איסורים אלה מגבילים את הפרט מלבצע התנהגויות מסוימות שהמדינה היא בעלת הכוח להגדירן, מצמידים להן את תג המחיר של הענישה הפלילית, ואף מכפיפים את הפרט לגינוי והביוש שבביצוע מעשה המוגדר כפלילי. בד בבד, באמצעות המשפט הפלילי המדינה מתייצבת להגנתם של נפגעי העברות הפליליות, חירותם וזכויותיהם, שאלמלא המדינה היו

מופקרים לגורלם או נאלצים לנהל הליכים משפטיים יקרים ומכבידים מבחינות רבות. עצם האיסור הפלילי מטרתו להגן על זכויות אדם בסיסיות מפני פגיעה אפשרית, בין אם פגיעה בחיים, בגוף, בקניין, בכבוד ועוד. בל נשכח, גם זכויות האדם של נפגעי העבירות עלולה להיפגע בהליך הפלילי, וגם מפני פגיעה זו על החוק להגן עליהם. לפיכך, כפי שקבע בית-המשפט העליון בפרשת **סילגדו**, "המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט".¹

ההגנה על זכויות הפרט בהליכים פליליים חשובה במיוחד לא רק בשל עוצמת הפגיעה בזכויות הכרוכה בהפעלת המשפט הפלילי, ופערי הכוחות האדירים שבין המדינה לפרט, אלא אף בשל האקלים הפוליטי-חברתי, ההופך אותן לנתונות לפגיעה מתמדת.² דהיינו, לקבוצה חזקה פוליטית תמיד יהיה קל לפגוע בזכויות היסוד של קבוצות חלשות יותר. ראשית, פעמים רבות ההגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים נתפסת כ"הפרעה" לרשויות אכיפת החוק ובמלחמתן בפשיעה. מכאן קצרה הדרך לקשור בין הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים לבין פגיעה בביטחון הציבור. שנית, הרוב הגדול של נתיניה של מערכת המשפט הפלילי באים מהשכבות החלשות ביותר בחברה: עניים, מיעוטים, אנשים עם מוגבלויות גוף ונפש, מכורים לסמים ולאalkohol, מהגרים, חסרי דיור ועוד.³ קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות יטו לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בשל תפיסתם של החשודים והנאשמים כ"אחרים" ובשל הקושי של קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות להעמיד עצמם מאחורי מסך הבערות ולנתק את עצמם ממאפייניהם האישיים וממצבם החברתי בטרם יגבשו עמדה בקשר לזכויות אלה. שלישית, קיים פער בין הדימוי של ההליך הפלילי לבין הדרך שבה הוא מתנהל במציאות. התפיסה הרווחת היא שהמשפט הפלילי שוויוני, הגון ומוטה לטובת חשודים ונאשמים יותר מכפי שהוא במציאות.⁴

במשפט הישראלי מראשיתו – בדומה לנעשה במשטרים דמוקרטיים בעולם – הוכרו כמה עקרונות יסוד שעניינם שמירה על זכויות הפרט אל מול המדינה במסגרת המשפט הפלילי. כך למשל, הוכרו בדיני העונשין "עקרון האשמה", "עקרון החוקיות" (הכולל גם את האיסור על ענישה רטרואקטיבית, את הדרישה לפומביות החוק ואת האיסור על חקיקה פלילית עמומה), עקרון המידתיות בענישה, והעקרון ש"אין עונשין על דברים שבלב".⁵ בהקשר של ההליך הפלילי הוכרה שורה של הגנות פרוצדוראליות ובראשן הזכות להליך הגון, כנגזרת של כבוד האדם.⁶ החל משנות ה-1990, עם חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, זכויות היסוד של הפרט הנוגעות להפעלת המשפט הפלילי למעמד חוקתי. תהליך זה ידוע בכינויו

¹ ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529 (2002).

² יואב ספיר, "שיח הזכויות, פופוליזם והתגובה לפשיעה בחברה הערבית: על הצורך בהגנה חוקתית משודרגת על זכויות בהליך הפלילי" **משפטים על אתר** (2023); מרים גור-אריה "השפעתה של פניקה מוסרית על ההליך הפלילי בישראל: השלכות ואתגרים" בתוך **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** (משפט, חברה ותרבות, בעריכת אלון הראל, 2017).

³ אסף טבקה "משפט פלילי ועוני: על אחרות חברתית כמנוף להכרה בהגנת העוני כסייג לאחריות פלילית: בעקבות ת"פ 18-01-17571 מדינת ישראל נ' בהלקר" **המשפט ברשת – זכויות האדם: מבזקי הארות פסיקה** 85, 19 (2015).

⁴ יואב ספיר "הגנה ראוויה של אנשים לא-נחמדים: הערות על מגילת זכויות הרזה שבהצעת החוקה" **משפט וממשל** י 571 (התשס"ז).

⁵ ש.ז. פלר **יסודות בדיני העונשין** (תשמ"ד); יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** (2014).

⁶ ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(1) 461 (2006).

"הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי" בישראל.⁷ ההגנה החוקתית שחוקי יסוד אלה העניקו לזכויות האדם אינה ייחודית למשפט הפלילי; ואולם, כפי שקבע בית-המשפט העליון בפרשת **גנימאת**, "אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי".⁸ יתרה מזאת, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק בשנת 1992 מתייחס באופן מפורש למשפט הפלילי כאשר הוא מעגן זכותו של אדם לחירות ממאסר וממעצר: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".⁹ גם לזכויות נוספות המעוגנות בחוק היסוד כמו הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, ולפרטיות, קשר ברור להפעלת המשפט הפלילי.

ברמה הבסיסית ביותר, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מבטיח כי המדינה לא תוכל לבצע פעולות של מאסר או מעצר שלא במסגרת חוק ספציפי המסמך אותה לעשות כן ("עקרון החוקיות").¹⁰ ואולם עצם קיומו של חוק המסמך את המדינה לפעול במסגרת המשפט הפלילי אינו מבטיח הגנה מלאה על זכויות היסוד של הפרט. **חקיקה פלילית, גם זו שהתקבלה לפי הפרוצדורות הדרושות לחקיקה, עשויה לפגוע בזכויות באופן בלתי חוקתי הן בהיבטים הקשורים למשפט הפלילי הדיוני, והן למשפט הפלילי המהותי.** כך למשל, חקיקה פלילית המסמיכה את המדינה לבצע מעצרים ללא עילה או בלי ביקורת שיפוטית מספקת, לבצע חיפוש בגופו של אדם או בטלפון שלו, עשויה לפגוע בזכויות אדם באופן שאינו מידתי (דין פלילי דיוני). אף האיסורים הפליליים שהמדינה מגדירה – רשימת ההתנהגויות שהמדינה מכריזה עליהן כעברות פליליות – וכן התנאים להטלת אחריות פלילית בגינם, כגון עקרון האשמה הדורש הוכחת מחשבה פלילית סובייקטיבית כתנאי לאחריות פלילית, עשויים לפגוע בזכות היסוד של הפרט לחירות (דין פלילי מהותי). לפיכך, **ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית היא היבט מרכזי של איזונים ובלמים במשטר הדמוקרטי.**¹¹

בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכריז בית המשפט העליון כבלתי חוקתיים על שלושה דברי חקיקה הקשורים במשפט הפלילי, בהקשרים פרוצדורליים ועונשיים. בפעם הראשונה בה פסל בית המשפט דבר חקיקה בהיותו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היה זה כאשר הוראות חוק השיפוט הצבאי אפשרו לעצור חייל החשוד בפלילים לארבעה ימים מבלי להביאו בפני שופט.¹² במקרה אחר פסל בית המשפט העליון הוראת חוק שאפשרה להאריך מעצרו של חשוד בעבירת בטחון ללא נוכחותו בדיון.¹³ בנוסף פסל בית המשפט

⁷ יהודית קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב 64, 72 (1995); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996).

⁸ בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995)

⁹ סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אף סעיף 7 (ג) לחוק היסוד מתייחס במישרין לסמכויות הנוגעות להליך הפלילי, בקובעו כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו, ובכליו".

¹⁰ סעיף 8 לחוק היסוד הקובע כי "אין פוגעים בזכויות לפי חוק זה אלא בחוק או מכוחו". עקרון החוקיות מעוגן אף בסעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ("אין עבירה ואין עונש עליה, אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"), אולם זהו חוק "רגיל" שאיננו בעל מעמד חוקתי.

¹¹ במדינות שונות יש דגשים שונים על סוג ההגנה החוקתית. כך למשל, בדין האמריקאי מירב ההגנה החוקתית מרוכזת בדין הפלילי הפרוצדורלי, ואילו בגרמניה קיימת ביקורת שיפוטית משמעותית על חקיקה בדין הפלילי המהותי.

¹² בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999).

¹³ בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו) 11.2.2010.

את החוק שאיפשר את הפרטת בתי הסוהר.¹⁴ בשני המקרים הראשונים נוצר דיאלוג חוקתי בין בית המשפט לבין המחוקק, והאחרון חזר וחוקק את הסעיפים בהתאם לפסיקה, באופן שמתיישב טוב יותר עם המקורות הנורמטיביים של המשפט הישראלי.

בתחום המשפט הפלילי המהותי, פסק בית המשפט העליון בפרשת **סילגדו**¹⁵ כי האיסורים הפליליים והוראות הדין הפלילי המהותי כפופים לביקורת חוקתית, משום שענישה פלילית (לרוב, בדרך של מאסר) מהווה על-פניה פגיעה בזכות לחירות,¹⁶ ולפיכך חוקתיותה מותנית בעמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה של חוק היסוד.¹⁷ אמנם, עד היום לא פסל בית המשפט העליון איסור פלילי כלשהו על בסיס אי-חוקתיותו, בין היתר בשל העובדה שרוב האיסורים הפליליים במדינת ישראל נחקקו לפני שנת 1992, ולפיכך חוסים תחת סעיף שימור הדינים.¹⁸ הביקורת השיפוטית על חקיקה פלילית מהותית מצויה בחיתוליה במשפט הישראלי.¹⁹ יחד עם זאת, לעצם האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על האיסורים הפליליים חשיבות עצומה, ולו כאיום על המחוקק שלא יוכל לחוקק איסורים ככל אשר חפץ ליבו, תוך פגיעה בזכויות יסוד, וכמובן שאפשרות הביקורת חלה גם על תיקון עבירות קיימות.

אם יאושרו השינויים המשטריים שמקדמת הקואליציה, יהיו לכך השלכות מרחיקות לכת על מידת ההגנה על זכויות יסוד של הפרט אל מול כוחה של המדינה בהפעלת המשפט הפלילי, משום שתצטמצם מאד - עד לכדי ביטול - האפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית. זאת הן בשל הדרישה לפסילת חוק בהרכב מלא של בית המשפט העליון ופה אחד, או רוב מוחץ, הן בשל הקביעה כי רק הוראת-חוק שסותרת בבירור הוראה ששוריינה בחוק-יסוד תהא כפופה לביקורת שיפוטית, והן בשל פסקת ההתגברות המוצעת שתאפשר לחוקק מחדש כל חוק שייפסל ברוב קואליציוני של 61 חברי כנסת, או אף לחסנו מראש מביקורת.²⁰ **המשמעות תהיה**

¹⁴ בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009).
¹⁵ **סילגדו**, ה"ש 1 לעיל. פסק-דין נוסף שבו נדונה חוקתיותו של איסור פלילי – האיסור על משחקים אסורים (הימורים והגרלות) – ידוע בכינויו "תשעת הכדורים". אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה: על גבולות המשפט הפלילי וגבולות ההפלה" **משפטים** מב 243 (תשע"ב).

¹⁶ קיימת מחלוקת בין שופטים ובין מלומדים בשאלה האם יש לראות בכל חוק הקובע עברה פלילית פגיעה מניה וביה בזכות לחירות (וכדי להכשיר את חוקתיותה של כל עברה יש לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה), או שמא קיימים איסורים פליליים מסוימים (כגון עברת הרצח) המהווים דווקא הגנה, ולא פגיעה, בזכויות אדם. ראו למשל אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד השיורי של חוקתיות המשפט הפלילי" בתוך **ספר אליהו מצא** 373. ואולם העמדה כי איסורים פליליים נתונים לביקורת חוקתית כלשהי, הייתה מוסכמת בישראל עד למהפכה המשפטית הנדונה כאן.

¹⁷ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁸ שם, סעיף 10.

¹⁹ מרים גור-אריה "זכויות אדם והמשפט הפלילי המהותי" **משפטים** נ 759 (תשפ"א); עדיאל זימרון "מגמות במשפט החוקתי-פלילי בישראל לאור ניתוח מושגי של 'כבוד האדם'" **משפטים** מט 383 (2019). יצוין כי אף במדינות אחרות, פעמים רבות היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה פלילית פרוצדורלית גדול יותר מהיקף הביקורת על חקיקה פלילית מהותית. זאת, בין השאר לאור ההנחה כי בידי המחוקק נתונה הפררוגטיבה לבחירת הערכים המוגנים הראויים להגנה בידי המשפט הפלילי. יחד עם זאת, דווקא השינויים המשטריים המתוכננים כעת מעוררים את הסכנה כי פררוגטיבה זו תנוצל לרעה בידי המחוקק ללא כל בקרה מצד הרשות השופטת.

²⁰ הצעת חוק יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) פ/87/25 ("ח"כ שמחה רוטמן), עברה בכנסת בקריאה טרומית ביום 22.2.23. ההצעה קובעת כי "הוראת חוק גוברת תהיה בתוקף אם נתקבלה ברוב של חברי הכנסת" וכן כי "תוקפה של הוראת חוק גוברת יפקע בתום שנתיים מיום תחילת כהונתה של הכנסת שהחלה את כהונתה לאחר הכנסת שחוקקה את החוק הכולל את ההוראה הגוברת, אלא אם כן תבחר אותה הכנסת, בהחלטה שתתקבל ברוב חבריה, להאריך את תוקפה של ההוראה הגוברת". עוד קובעת ההצעה כי "בית המשפט העליון לא יוכל ליתן פסק דין או החלטה כאמור בסעיף קטן

שרוב פוליטי מזדמן יוכל לעשות שימוש לרעה בכלים של המשפט הפלילי ולהוביל לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות הפרט. זאת, הן בדרך של קביעת עבירות חדשות או החמרתן, והן בדרך של יצירת חוקים חדשים (או תיקונים של קיימים) שעשויים לאפשר הפעלת כוחות שיטור ואכיפה פוגעניים, כגון הסמכה לשימוש ברוגלות ובאמצעי מעקב ללא צו שיפוטי, או ענישה דרקונית ללא כל מגבלה.

בהסכמים הקואליציוניים כבר מופיע סעיף המבקש לקבוע עונש מוות למחבלים, ובימים אלה נדונה הצעת חוק קיצונית ביותר בנושא.²¹ בכיוון אחר, על שולחן הכנסת כבר הונחה על ידי שר הדתות הצעת חוק המבקשת לקבוע עבירה פלילית שלצדה קבוע עונש של שישה חודשי מאסר על נשים שיקראו בתורה או יתעטפו בטלית בכותל המערבי, או על מי שיעשה "מעשה העלול להפריע את המתפללים בתפילתם".²²

קשה לדמיין כעת את כל השימושים העתידיים האפשריים בחקיקה פלילית אוסרנית בהעדר ביקורת שיפוטית: מהטלת מגבלות חדשות על הפגנות (בנימוק שהן מפריעות לסדר הציבורי או מסכנות את הבטחון); דרך הרחבת האיסורים או החמרת הענישה על עברות ביטוי (דוגמת עברות ההמרדה וההסתה)²³ כדי למנוע ביקורת על השלטון, למשל בנימוק שהן מסכנות את שלום הציבור או אף חותרות תחת המשטר הדמוקרטי ועד, למשל, להחמרת הרגולציה הפלילית הקיימת או אף איסור מוחלט על הפלות.²⁴ אפשרות של חקיקה אוסרנית על הפלות מטרידה מאד ואין להתייחס אליה כמופרכת.

לא למותר להזכיר בעניין זה את פסיקת בית המשפט העליון בארה"ב בעניין Dobbs²⁵ שניתנה בעת האחרונה, ומבטאת נסיגה מהמחויבות החוקתית להגנה על זכותן של נשים לגופן. פסיקה זו הייתה נראית עד לפני שנים מעטות כדמיונית. באופן דומה, גם בישראל יכולת קבלת ההחלטות של האישה ויכולתה לבטא את הקול

(ו) אלא בהרכב הכולל את כל שופטי בית המשפט העליון, ובלבד שכל שופטי ההרכב הסכימו כי החוק סותר בבירור הוראה ששורינה בחוק-יסוד". להרחבה על הצעות החוק לביטול הביקורת השיפוטית בכנסת הנוכחית ראו פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: הצעות החוק האחרונות בדבר תיקון חוק יסוד: השפיטה – ביקורת שיפוטית והתגברות",

מס' 19: עדכון לעמדותינו בדבר בחירת שופטים וביקורת שיפוטית" https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/a3e4e4_365120e4facc4e60a6af84122cf81870.pdf, וכן "נייר עמדה מס' 19: עדכון לעמדותינו בדבר בחירת שופטים וביקורת שיפוטית" https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/a3e4e4_ba33f25f61414eb49ad4a10c43ce7663.pdf.

²¹ הצעת חוק העונשין (תיקון - עונש מוות למחבלים), התשפ"ג-2023 (הונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם 2.1.2023). לביקורת על הצעת חוק זו הכוללת כמה הוראות חריגות במיוחד אפילו ביחס למדינות בהן קיים עונש המוות, כגון היותו של עונש המוות חובה ותחולתו רק כשהקרבתן הוא אזרח ישראלי, ראו נייר עמדה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה. ²² הצעת חוק שמירת הקדושה של הכותל המערבי ורחבתו, התשפ"ג-2022 (הונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם 19.12.22).

²³ קיים מתח מובנה בין הערכים המוגנים בעברות ההסתה וההמרדה, לבין חופש הביטוי. איתי וולר-באר, עמיר פוקס, ומרדכי קרמניצר **עברות ההסתה לגזענות ולאלמות: חשיבה מחדש** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019); אסף יעקב וגליה שניבוים "חרם, משפט, ומרחב ציבורי: חשיבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם" **עיוני משפט** מב (2020).

²⁴ ראו נויה רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת: לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות הריון בישראל" **עיוני משפט** לט 479 (2016).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022); Heather Hlavka, ²⁵ Review: *Framing the Rape Victim: Gender and Agency Reconsidered* by Carine M. Mardorossian 29 (4) GENDER AND SOCIETY 597 (August 2015).

העצמאי שלה, עשויה להתבטל מפני ערכים שמרניים קיצוניים של הקואליציה הפוליטית,²⁶ תוך פגיעה באוכלוסיות הנשים החלשות ביותר בחברה.²⁷ זאת, בין אם בחקיקה פלילית האוסרת פעולות מסוימות, דוגמת הפלות או סיוע להפלות, או באמצעות ביטול איסורים קיימים המגנים על נשים, דוגמת קטגוריות מסוימות של פגיעה מינית. בהעדר אפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה לא תהיה כל אפשרות לרסנה.

חקיקה פלילית עשויה להתייחס להיבטים שונים של ההליך הפלילי, בין אם מהותיים או דיוניים. כך, חקיקה כזו יכולה לפגוע בזכות ההיוועצות עם עורך דין, להרחיב את אפשרויות המעצר, גם ללא צו שופט, להחמיר ענישה ואף להוסיף עונשים הפוגעים בזכויות אדם באופן לא מידתי ולא ראוי, וכדומה. ללא ביקורת שיפוטית – לא יהיה גבול לפגיעה בזכויות האדם.

ואכן, בדמוקרטיה פופוליסטיות נעשה שימוש לרעה במשפט הפלילי. למשל בהטלת מגבלות על ארגוני החברה האזרחית²⁸ ובהגבלת חופש הביטוי.²⁹ דוגמא מאירת עיניים, לקשר ההדוק בין השליטה בחוק הפלילי על כל נגזרותיה, בין אם בחקיקת חוקים פליליים או במניעת חקירות, לרבות כאשר האינטרס הציבורי מחייב זאת, ניתן לראות בהונגריה, לעניין הטיפול הקלוי במכוון בשחיתות הציבורית הגוברת. תחת שלטון אורבן התביעה הפלילית מהווה גורם מרכזי, בין השאר ביצירת 'אפקט מצנן' על חקירת שחיתות.³⁰ לצורך כך, בוצעו תיקונים בחקיקה הפלילית עצמה, על מנת שהסטטיסטיקות לא תצבענה על מיעוט חקירות השחיתות. כך, למשל, עבירת החזקת סחורות חשודות כגונבות 'הועברה' לפרק עבירות הלבנת הון, באופן שכל אחזקה של טלפון גנוב תיכנס לסטטיסטיקת הלבנת ההון ותראה כחקירת שחיתות.³¹ כך נמנעת הונגריה מביקורת של התובע האירופי או מהפחתת התקציב אותו היא מקבלת מהאיחוד האירופי.³² חוקים נוספים חוקקו כדי

Kathryn Abrams, *From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self-Direction*, 40 WM. & MARY ²⁶ L. REV. 805 (1999)

²⁷ הניסיון בארצות הברית מראה שמאיסור ההפלות נפגעות נשים אשר לא תוכלנה לממן נסיעה לצורך ביצוע הפלה במדינה אחרת, נפגעות תקיפה מינית אשר הובילה להריון, ילדות שנכנסו להריון, לרבות כתוצאה מגילוי עריות. החקיקה השמרנית מקושרת למפלגה הרפובליקאית ולתפיסות עולם לפיהן נשים הן 'כלי קיבול בלבד'. Jill Filipovic, *The Real*. Republican Rape Platform, THE GUARDIAN (25.10. 2012)

Marty Schladen, *Affidavits: להשלכות ראו לדוגמא: 2 more pregnant minors who were raped were denied Ohio abortions*, OHIO CAPITAL JOURNAL (26.9.2022)

²⁸ כך, לדוגמה, בהונגריה, שם הורחבו העבירות הנוגעות לסיוע להגירה לא חוקית כדי להיאבק בארגוני החברה האזרחית שמממן גירוי סורוס. ראו Mordechai Kremnitzer & Yuval Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland* 14 LAW & ETHICS HUM. RTS. 125, 133 n. 40 (2020)

²⁹ בפולין, כחלק ממגמה פופוליסטית רחבה יותר של פגיעה בחופש הביטוי, נקבע בחוק איסור על התבטאות שלפיה פולין אחראית לפשעי הנאצים. בתחילה כלל החוק גם איסורים פליליים, שנמחקו רק מאוחר יותר (בעקבות לחץ בין-לאומי). שם, בעמ' 136, ה"ש 51.

³⁰ Sándor Ésik, *A Practitioner's View. Hungary's Shambolic Anticorruption Proposals* (31.10.2022), verfassungsblog.de/hungarys-shambolic-anticorruption-proposals/

³¹ שם, עמ' 1-2.

³² Miklós Bánkúti, Gábor Halmai, Kim Lane Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, 23 (3) JOURNAL OF DEMOCRACY 138, 143-144 (July 2012). חוקים נוספים חוקקו כדי להעלים את אי חקירת השחיתויות, לרבות חוק שחוקק, לדרישת האיחוד האירופי בדבר הגברת הפיקוח על התביעה, בחודש אוקטובר 2022. החוק, החל רק על תיקי שחיתות, מאפשר לכאורה לאזרחים להשיג על החלטת התביעה שלא לחקור או להעמיד לדין בתיקי שחיתות. עם זאת, נטען שבפועל אין לו התכנות כלשהי לאור המחסומים שהוצבו בו, לרבות הוצאה מכלל המשיגים האפשריים כל גוף ציבורי שעשוי להיות רלוונטי לכך. מחסומים נוספים לתחולת החוק: ההשגה צריכה להיות מוגשת בתוך חודש (!) מהחלטת התובע, כאשר מחסומים נוספים מקשים על הציבור ללמוד על החלטות כאלה. גרוע מכך,

להעלים את אי חקירת השחיתויות, לדרישת האיחוד האירופי, לרבות חוק בדבר הגברת הפיקוח על התביעה בחודש אוקטובר 2022. החוק, החל רק על תיקי שחיתות, מאפשר לכאורה לאזרחים להשיג על החלטת התביעה שלא לחקור או להעמיד לדין בתיקי שחיתות. עם זאת, נטען שבפועל אין לו התכנות כלשהי לאור המחסומים שהוצבו בו, לרבות הוצאה מכלל המשיגים האפשריים כל גוף ציבורי שעשוי להיות רלוונטי לכך.³³ הדמיון בין מצב דברים זה לבין החקיקה אשר החלה להיות מקודמת בכנסת בכנסת, דוגמת הצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירת שוטרים), התשפ"ג-2022, לפיו תעבור המחלקה לחקירת שוטרים לפיקוח שר המשפטים ומנכ"ל המשרד, ולסמכויותיה תתווסף האפשרות לחקור תובעים (לרבות כאלה הממונים על תיקי שחיתות) מדאיג ביותר.³⁴

לבסוף, ראוי לציין כי בכל האמור בביקורת שיפוטית על הדין הפלילי, בתי המשפט הכירו בתחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו גם על נפגעי עבירות, ולא רק על חשודים או נאשמים, הגם שעד היום ההכרה הקיפה זכויות פרוצדורליות ולא זכויות מהותיות. כדברי הנשיא לשעבר שמגר בפרשת **גנימאת**: "כבוד האדם וחירותו הם גם מזכויותיו של האזרח מן השורה שנפגע, נפצע, נדרס, נאנס ונסחט. מבטו של בית המשפט חייב להיות מקיף ומאוזן, ואל לו להיות מכוון לגיזרה אנושית אחת בלבד".³⁵ המדינה חבה לנו, כאזרחים, חובה להגן עלינו מפני פגיעה בחיינו, בגופנו או בכבודנו, כאמור בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם אם המדינה אינה חבה חובה חוקתית פוזיטיבית להגן על הנפגעים באמצעות חקיקת איסורים פליליים,³⁶ הרי שהיא, לכל הפחות, צריכה לעשות את מירב המאמצים למזער את פגיעתם מרגע שנפגעו בעבירה פלילית, ובוודאי שלא לאפשר פגיעה בהם בידי רשויות החוק עצמן ('קורבנות משנית').³⁷ כך, **העדר ביקורת שיפוטית על חקיקה עלול לפגוע גם בזכויותיהם של נפגעות ונפגעי עבירה, אם יחוקקו חוקים השוללים את זכויותיהם, כאשר עד היום שימש חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאמור, כבסיס לפרשנות משפטית אשר הטיבה עם נפגעי עבירות, ביניהם החלשים ביותר בחברה, דוגמת ילדים.**³⁸

התביעה עצמה היא שמקבלת את ההשגה ובוחנת אותה בשתי ערכאות פנימיות. רק לאחר מכן תעבור ההשגה לבית המשפט, היושב כערכאת ערעור שניה. Kim Lane Scheppelle, Gábor Mészáros & Petra Bárd, *Hungary's Proposed Judicial Review of the Prosecutorial Decisions* (26.10.2022). <https://verfassungsblog.de/useless-and-maybe-unconstitutiona>.
שם.³³

³⁴ ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 17: תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירות שוטרים)",
https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/a3e4e4_70c508784c1446a481aebbd92cf61ddd.pdf.
³⁵ לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא לשעבר שמגר.

³⁶ לטיעון לפיו קיימת חובה חוקתית להפיל ראו אלון הראל החובה להפיל "חוקים יא 37 (2018). עמדה זו טרם התבססה במשפט הנוהג בישראל.

³⁷ החלשת הביקורת השיפוטית ופסקת ההתגברות משמען גם שלא ניתן יהיה לפתח את הרעיון שלמדינה יש חובות מול האזרחים, להגן עליהם בידי פגיעה בידי אחרים ואולי גם להפיל את הפוגע בהם, או, לכל הפחות, לדאוג למנוע פגיעה נוספת לאחר שכבר נפגע. לדיון: הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוג'י "הדור הבא' של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" **עיוני משפט** לו 3 549, 558-563 (2015). כך, למשל, בשנים האחרונות אנו רואים במדינות אחרות שינויי חקיקה בנושא התעללות נפשית בבגירים, המכירים בסוגי פגיעות שלא הוכרו בעבר. תיקוני חוק אלה נוגעים לעיתים קרובות לאוכלוסיות שאינן בשלטון לרבות מגזרים מסוימים, נשים, להט"בים וכדומה.

³⁸ כך, כדוגמה אחת, כאשר פירש בית המשפט העליון את המושג "התעללות" בהקשר של ילדים הנפגעים בידי הוריהם, לא רק כפגיעה קשה אחת, אלא גם כהצטרבות של פגיעות שכל אחת מהן איננה חמורה ביותר, אולם הצטרבותן היא שפוגעת בילד פגיעה קשה. הבסיס להלכה הוא ההכרה בזכויות הילד. ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145. דוגמה אחרת מתייחסת להוראת החוק המגבילה חקירה בדבר עבר מיני והפירוש אשר יש לתת לה, בהתאם לחוק,

לפיכך, זכויות של חשודים ונאשמים, כמו גם של נפגעי העברות הפליליות, מונחות על הכף עת עסקינן בצומת שבין משפט פלילי להגנה חוקתית על זכויות אדם.

ב. בקרה של בתי-המשפט על רשויות אכיפת החוק – ביטול עילת הסבירות

המשפט הפלילי מופעל על ידי זרועות הרשות המבצעת – המשטרה, התביעה, שירות המבחן, שרות בתי הסוהר, ועדות שחרורים, הפסיכיאטר המחוזי ועוד. לגופים מנהליים אלה כוח רב והשפעה אדירה על זכויותיהם של חשודים, נאשמים, נידונים ונפגעים. דוגמא בה עשה בג"ץ שימוש במבחן הסבירות לטובת נפגע העבירה ניתן לראות בעניין **חמדאן**, שם הורה בית המשפט העליון על העמדתו לדין של שוטר שירה למוות באזרח, כיוון שהחלטה בערר על סגירת התיק סתה משמעותית ממתחם הסבירות.³⁹ עם ביטול עילת הסבירות, גם מקרים נדירים אלה, המסייעים לאוכלוסיות החלשות ביותר במקרי קיצון, לא יזכו לסעד. יש להדגיש כי ממילא כבר היום בית המשפט לא מקבל את מרבית הטענות על חוסר סבירות, גם לא במשפט הפלילי, אלא כאשר מדובר על חריגה באופן קיצוני ממתחם הסבירות ורק במיעוט המקרים.⁴⁰

חריג יוצא דופן לכלל אי ההתערבות בפעולת התביעה ניתן לראות בעניין **פירסטטר**,⁴¹ שם ערערו הוריה ואחיה של ילדה שנרצחה בפיגוע, כנגד הסדר טיעון עם המסייע למפגעים. בית המשפט העליון, בסטותו מהפרוצדורה הקבועה בחוק (לפיה אין לנפגעים זכות ערעור), בחן את חומר הראיות ואת סבירות החלטת הפרקליטות. בסופו של דבר, קבע בית המשפט שהסדר הטיעון הולם את הראיות שהיו בידי התביעה. ואולם, ערכה של החלטה מעין זו הינו גם בהקשבה המכבדת לטענותיהם של הנפגעים. בהעדר עילת סבירות, ובהנתן בית משפט המכוון לצמצם את שיקול דעתו – מי יוכל לסייע לנפגעים מפעולת הרשות המבצעת?

הכוונה המוצהרת ברפורמה היא ליצור מערך חדש של איזונים ובלמים בין רשויות השלטון. היו גם שקשרו את "הרפורמה" לכוח רב מדי של "מערכת המשפט" ולהתנהלות לא ראויה של הרשויות בתיקים מסוימים. **אלא שאם יעברו השינויים המשטריים, דבר זה לא תסייע כלל בבקרה על רשויות האכיפה אלא להיפך. ביטול עילת הסבירות משמעותה העדר ביקורת שיפוטית על עבודת המשטרה והתביעה. כלומר: העברת מוקד הכוח במלואו לידי שתי הרשויות הללו.**

לגביה אמר השופט הנדל, בע"פ 9468/10 **פלוני נגד מ"י**, פס' 6 לדברי השופט הנדל (פורסם באר"ש 16.4.12): "... עלינו – כבית משפט וכחלק ממערכת הצדק – להקפיד שסעיפים אלה לא יהיו בגדר הלכה ואין מורין כן. מטרתם של הסעיפים כאמור הינה להביא לשינוי בפרקטיקות החקירה שהיו נהוגות... **מטריית כבוד האדם רחבה זייה כדי להגן על שניהם**".
³⁹ בג"ץ 4845/17 **חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (28.10.2019). על החלטה זו הוגשה בקשה לדין נוסף, בו נקבע כי השוטר היורה יחקר באזהרה (דנג"ץ 7491/19). לאחר חקירתו באזהרה הוחלט לסגור את התיק, ועל כך תלויה ועומדת עתירה נוספת, בג"ץ 3090/22.

⁴⁰ ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7: ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית", https://www.lawprofsforum.org/files/ugd/221fec_a86cf02cfe8747108c698b9f897448c5.pdf.
⁴¹ ע"פ 2046/04 **פירסטטר נ' מדינת ישראל** (28.3.2005).

גם כיום, ההתערבות השיפוטית בפעולת התביעה, תחת עילת הסבירות, מועטה ביותר והיא שמורה, כאמור, למצבים של חוסר סבירות קיצוני בלבד.⁴² לאחרונה נפסק כי בהליך הפלילי עצמו, לאחר שהוגש כתב אישום, יכולתו של הנאשם להעלות טענה מנהלית של חוסר סבירות או העדר מידתיות בהגשת כתב האישום מוגבלת ביותר, וכי המסגרת הדוקטרינרית המתאימה לטענות כנגד הגשת כתב אישום היא "הגנה מן הצדק".⁴³ ועדיין אין מחלוקת כי על הרשויות השונות לנהוג בסבירות במגוון החלטותיהן. כשתבטל לחלוטין עילת הסבירות – יאבדו לא רק ההתערבות השיפוטית הנדירה יחסית, אלא גם "צילה של הביקורת השיפוטית", כלומר, החשש של המשטרה או התביעה מפני התערבות עתידית של בית המשפט. עצמאות הרשות התובעת היא, אמנם, ערך חשוב, אולם קיימת חשיבות גם לביקורת על פעולתה, כאשר על הביקורת להיות עניינית, נטולת פניות ומקצועיות. על כן, ביקורת שיפוטית, במשורה, היא דרך נכונה וביטולה משמעותו אובדן סעד.⁴⁴ בית המשפט הוא זה שיכול, כיום, לקבוע שלא ניתן תמיד להקריב זכויות נפגעים, חשודים ונאשמים, עקב שיקולים תקציביים או מנהלתיים שונים.

גם מנקודת מבט של נפגעי עבירות הכוח מרוכז בידי התביעה, מקום בו מרבית התיקים הפליליים נסגרים, ורק במקרים נדירים יתקבל ערר על סגירת התיק, וכאשר גם התיקים שנפתחו יסתיימו על פי רוב בהסדר טיעון.⁴⁵ רוב רובו של ההליך הפלילי, בין אם ההחלטות בדבר סגירת תיקים או בדבר הגעה להסדר מותנה או להסדר טיעון, מתנהל הרחק מאורות הזרקורים, שלא באופן שקוף וגלוי, במשרדי התביעה. הביקורת השיפוטית כבר היום מועטה ביותר, כאשר האמירה הרווחת, גם בפניה לבג"ץ, היא בדבר "אי התערבות בשיקול הדעת התביעתי".⁴⁶ מרביתם המוחלטת של הפונים לבג"ץ כנגד הסדרי טיעון מקבלים, לכל היותר, הבעת השתתפות בצערם.⁴⁷ כלומר: בניגוד לתמונה אותה מבקשים לצייר, בית המשפט העליון אינו ממהר להתערב בפעולת הרשות המבצעת – המשטרה והפרקליטות – אולם קיימת חשיבות רבה לפתח צר זה, של בחינת סבירות החלטות הרשות המבצעת, במקרי הקיצון ועל מנת לתת לאזרחים סעד, בין אם הם נפגעי עבירות, חשודים או נאשמים.

⁴² מרדכי קרמיניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות בג"ץ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" מגמות בדיני ראיות ובסדר דין פלילי 289 (2009).

⁴³ דני"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.2021).

⁴⁴ מיכל טמיר "הטעות שבהתנגדות: על ביקורת חיונית והתנגדות מיותרת לנציבות הביקורת על מערך התביעה" מעשי משפט 203 (2015).

⁴⁵ ראו נתוני סגירת התיקים בלא מציאת חשודים ובלא הגשת כתבי אישום: השנתון הסטטיסטי של משטרת ישראל 2021, מעמ' 57.

https://www.gov.il/BlobFolder/reports/police_statistical_abstract_2021/he/%D7%A9%D7%A0%D7%AA%D7%

⁴⁶ הביקורת מועטה במיוחד בכל הנוגע להחלטות ראייתיות באופיין, אותן סיווג בית המשפט כליבת עבודתה של התביעה. בג"ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (8.12.2014). זאת, גם כאשר השופטים מותחים ביקורת ואפילו קשה על עבודת התביעה. לדוגמא ראו פרשת קצב, בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008).

⁴⁷ בג"ץ 338/14 עזבון בכר טבאש (ז"ל) נ' פרקליטות מחוז צפון ואח' (13.2.2014). ראו גם מיכל טמיר ודנה פוגץ "נפגעי עבירה והסדרי טיעון: דחיפה קלה (nudge) בכיוון הנכון" ספר עדנה ארבל 241 (שלי אביב ייני, דורית ביניש, אריאל בנדור, הדר דנציג-רוזנברג, קרן מילר עורכים) (2022).

אוכלוסייה נוספת אשר ביטול עילת הסבירות וביטול הביקורת השיפוטית על פעולת רשויות אכיפת החוק עלולים לפגוע בה אנושות, היא אוכלוסיית האסירים. שירות בתי הסוהר שולט בכל אורחות חייהם ובכל זכויותיהם של האסירים. מאז שנות ה-1970 קיבל בית המשפט העליון מספר הכרעות חשובות ביותר המגנות על זכויות אסירים.⁴⁸ בעקבות ההחלטות קיים דיאלוג חוקתי בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת כאשר, לדוגמה, לעניין הבטחת מינימום תנאי מחייה לכלואים ושמירת בריאותם, בית המשפט נתן ארכה של עשר שנים לרשות המבצעת ליישם את פסק הדין בעניין הצפיפות בבתי הסוהר במלואו.⁴⁹

ביקורת שיפוטית על פעולותיו של שירות בתי הסוהר, במסגרת עתירות אסירים, אשר בוחנות את סבירות ההחלטות, היא לעתים בבחינת אוויר לנשימה לאוכלוסיה מוחלשת זו. כך הביקורת השיפוטית מבטיחה כי העמדה העקרונית לפיה חומות הכלא אינן מפרידות בין האסיר לבין כבודו כאדם וזכויותיו, אכן מיושמת במציאות.

ג. בקרה של בתי-המשפט על רשויות אכיפת החוק – פגיעה בעקרון השוויון בפני החוק

לכל שאמרנו עד כה יש להוסיף את הפגיעה האפשרית בשוויון בפני רשויות אכיפת החוק. עד היום, לא עוגן עקרון השוויון בחוק יסוד, אולם מעולם לא הוטלה בספק חשיבותו במערכת המשפט הישראלית שכן "בלעדיו אי אפשר לדבר על אכיפת חוק הוגנת",⁵⁰ כאשר רבים מעגנים אותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵¹ כך גם בקרב הסוברים שמקורו אינו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵² פסקת ההתגברות וביטול חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, או הפחתה במעמדו, משמעם פתיחת הפתח לאי שוויון מובנה, בין חשודים ונאשמים שונים, או בין נפגעים שונים, למשל – כאלה המשתייכים למגזרים שונים באוכלוסיה.

החשש מפני פגיעה בעקרון השוויון רלוונטי לכל מה שצינו במסמך זה. כך, חקיקה יכולה לקבוע שנאשמים ממגזרים שונים ייענשו בענישה כבדה יותר. אי שוויון יכול להתבטא גם באכיפת חוק, כאשר רשויות אכיפת החוק תמנענה שירותים חיוניים מציבורים מסוימים באוכלוסיה ותדאגנה לאכיפת החוק ולחקירת פשעים באופן שרירותי או מפלה, בקרב אוכלוסיות 'מועדפות' בלבד. אי השוויון יכול להיות בכל שלב של ההליך הפלילי: מפעולת המשטרה, דרך התביעה, מערכת המשפט (והחוק הפלילי המהותי) ועד לשלב הענישה והוצאתה אל הפועל. התוצאה עלולה להיות פגיעה באוכלוסיות כנשים, להטב"ים, מגזרים מסוימים ועוד. אם

⁴⁸ בהם זכות האסיר לשלמות הגוף ולפרטיות, זכות ההצבעה של אסירים, חופש הביטוי לאסירים, הזכות לתנאי מחייה מינימליים, הזכות לחירות אישית ולכבוד בהגבלת סמכות הכליאה רק למדינה ולא לידיים פרטיות והזכות להורות. בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984). עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996). בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007). בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (13.6.2006).

⁴⁹ בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים (13.6.2017).

⁵⁰ גיא לוריא, "גירעון אחריותיות במערך הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל" משפט, חברה ותרבות ד 415, 417 (2021).
⁵¹ ואף קודם לחוק היסוד, בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר (3.7.1969). הלל סומר, תמר ולדמן וענת יהב "מסמך רקע בנושא: הזכות החוקתית לשוויון" (מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. 26.7.2005).

⁵² סומר, ולדמן ויהב. שם.

תוחלש הביקורת השיפוטית ותבוטל עילת הסבירות ייקשה על האזרח לבקש את הגנת בית המשפט מפני אפליה שתקבע בחקיקה או בפעולות הרשות.

ד. השלכות נוספות של המהפכה המשטרית על המשפט הפלילי

לבסוף, נרצה לחדד עוד שלוש נקודות ביחס להשלכות המהפכה המשטרית על זכויות אדם במסגרת המשפט הפלילי. ראשית, גם השינויים המתוכננים במסגרת המהפכה המשטרית בעניין הוועדה למינוי שופטים עתידיים להשפיע השפעה עמוקה על המשפט הפלילי. שופטים מקצועיים ובלתי תלויים הם ערובה למשפט צדק, במיוחד במשפט הפלילי בו המדינה והאזרח ניצבים זה מול זה. שופטים בלתי תלויים יכולים לעמוד אל מול כוחה הרב של המדינה המפעילה את המשפט הפלילי. ההיסטוריה הן בארץ והן במדינות אחרות מלמדת שפעמים רבות, היו אלה שופטים שפיתחו את ההגנות והזכויות של נאשמים וחשודים במשפטים פליליים. כך למשל, היו אלה בתי המשפט שפיתחו בארץ את כללי פסלות הראיות שהושגו שלא כדין ואת ה"הגנה מן הצדק", ותיקוני החקיקה הגיעו רק שנים מאוחר יותר.⁵³ בשנים האחרונות, בהמשך לקביעתה של דוקטרינת פסלות הראיות, שרטטו בתי המשפט בארץ גבולות חשובים לרשויות האכיפה ופיתחו את ההגנה על זכויות הפרט במגוון תחומים כגון זכות ההיוועצות בסניגור, שימוש במדובבים ואמצעי חקירה נוספים, וסמכויות חיפוש.⁵⁴ בתי-המשפט הם אלה שפיתחו גם כמה מזכויות נפגעי העבירות החשובות ביותר, כאשר הליכי החקיקה הגיעו שנים רבות מאוחר יותר.⁵⁵ כך, לדוגמא, בעניין המבחן שהציגו בתי המשפט לחשיפה של רשומות אישיות של נפגעי עבירות מין ואלימות, כולל רשומות מטיפולים נפשיים, לגביהן התקבל תיקון חוק זה עתה.⁵⁶

נוסף על כך, כפי שצוין לעיל, פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירות קובעת כי פגיעה בזכויות חייבת להיעשות בחוק או על פיו. במקרים חשובים בתי המשפט בחנו את פעולות רשויות אכיפת החוק תחת עילת אי החוקיות ואי-קיום הדרישה להסמכה בחוק (בשונה מעילת הסבירות). הדבר בא לידי ביטוי הן במסגרת בחינת טענות על פעולת הרשות (האם קיימת לה הסמכה בחוק) והן ביחס לטענות על פסילת הוראות ונהלים במשפט הפלילי, כמו נהלי משטרה ופקודות נציבות שירות בתי הסוהר, כאשר הטענה היא שהן מנוגדות לחקיקה ראשית או נעשו ללא הסמכה להוציאן. דוגמא לכך מהווה פסק הדין בעניין הצפיפות בבתי הסוהר המוזכר לעיל.⁵⁷ בעניין זה קבע כבוד השופט רובינשטיין כי פעולת הרשות בעניין זה, בכך שלא הסכימה להתחייב לשטח מינימלי לכלוא

⁵³ ע"פ 121/98, יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2006(2), 1093; חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב–2022, ס"ח 984.

⁵⁴ יואב ספיר וגיא רובינשטיין "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונותיה של דוקטרינת הבטלות היחסית ועל תרומתה להגנת זכויות הפרט" מעשי משפט י, 333 (2019). למגבלות נוספות שהוטלו לאחרונה על רשויות האכיפה בהקשר של חיפושים בטלפונים חכמים ראו: דני"פ 1062/21 יונתן אוריך נ' מדינת ישראל (11.1.2022).

⁵⁵ אינטרס המדינה שונה לעיתים מאינטרס נפגעי העבירה, על כן גם בנושא זה חשובה יכולת בית המשפט לראות את מכלול האינטרסים ולאזן ביניהם, ללא חשש.

⁵⁶ בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"ז לדברי השופט רובינשטיין (9.11.2006); דנה פוג'י "חשופה לעין כל: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" ספר אליהו מצא 489 (אוניברסיטת תל-אביב, עורכים: אהרון ברק, איילה פרוקצ'יה, שרון חנס, רענן גלעד, 2015). חוק חסיון ראיות (טיפול נפשי בהליכים פליליים שעניינם עבירות מין או עבירות אלימות חמורה במשפחה) (תיקוני חקיקה), התשפ"ב–2022, ס"ח 1050 (החוק יכנס לתוקף ביום 10.4.2023).

⁵⁷ בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, לעיל ה"ש 48.

– מנוגדת למספר מקורות נורמטיביים של המשפט הישראלי – לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לחקיקה הראשית, למשפט העברי ולמשפט המשווה והבי-לאומי. פסק דין זה מהווה ביטוי מובהק לכפיפות הברורה של בית המשפט למרות הדין בלבד. **פגיעה בעצמאות בית המשפט לא תאפשר לשופטים לקבל החלטות כאלו כנגד עמדת הרשות המבצעת, אשר לפי התיקונים המוצעים תשלוט במינוי השופטים.** המשפט הפלילי בישראל פועל על פי מסורת המשפט המקובל, שכל מהותה שינוי תוך החלטות שיפוטיות עצמאיות ובלתי תלויות. גמישות זו היא שמאפשרת התאמת המשפט לזמן ולמקום, והגנה על הזקוקים לכך.⁵⁸ שופטים פוליטיים שיהיו תלויים בשלטון במינויים ובקידומם יהססו להתייצב אל מול המדינה לצורך הגנה על הפרט כשהיא נדרשת. מינוי שופטים בידי הקואליציה בלבד, בתוספת המגבלות על עבודתם השיפוטית, משמעותה שנים רבות וארוכות של פסיקות העשויות להיות מכוונות לממנים את השופטים, בניגוד לעקרונות יסוד.⁵⁹

שנית, מעבר לנאמר לעיל ביחס לביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית, עצם קיומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משליך על פרשנות בתי-המשפט את החקיקה הפלילית ברוח זכויות היסוד המעוגנות בו. הוא אף מעגן את החובה החלה על המחוקק בעת חקיקת החוקים לוודא מראש את התאמתם להגנה החוקתית על זכויות היסוד.⁶⁰ **בדיון הציבורי נשכחת לעיתים העובדה כי חוק היסוד אינו רק מאפשר לבתי-המשפט להפעיל ביקורת על הגוף המחוקק, בבחינת "פריבילגיה" של בתי-המשפט, אלא הוא מחייב את כלל רשויות השלטון – לרבות בית-המשפט עצמו – בכיבוד זכויות היסוד.** לפיכך, חוק היסוד חשוב ביצירת שיח חוקתי של זכויות שבת-המשפט מחילים על עצמם (ובית-המשפט העליון מחיל על הערכאות הדיוניות), בנוסף להיותו כלי לביקורת של הרשות השופטת על רשויות השלטון האחרות.⁶¹ לכן, כל פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין אם בחוק עצמו ובמעמדו, או בחקיקת חוקים וחוקי יסוד הסותרים אותו, תהיה בעלת משמעות עצומה בתחום המשפט הפלילי ואכיפת החוק.

שלישית, הדרך הטובה ביותר להגן על זכויות המעורבים בהליך הפלילי, חשודים, נאשמים ונפגעי עבירה כאחד, היא באמצעות חקיקת חוק יסוד ייעודי, שיעגן את זכויותיהם כזכויות חוקתיות, **ויחול על כל נאשם וכל נפגע באשר הם.** עד היום, לא עוגנו זכויות נאשמים וחשודים, או זכויות נפגעי עבירות, בחוק יסוד ייעודי. הערך החוקתי של זכויותיהם נקבע, כאמור, בפרשנות בתי המשפט מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכנסת ה-24 עברה בקריאה ראשונה הצעה לחוק יסוד אשר יעגן זכויות קריטיות אלה, בדומה ל-Bill of Rights, הצעת

⁵⁸ ראו לדוגמה את התפתחות עבירת האינוס ככוללת אונס בנישואין, זמן רב לפני שינוי החוק בנושא. ע"פ 91/80 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה (3) 281. כך גם קביעת בית המשפט האירופי שהחלטת בית הלורדים לפיה ניתן להאשים בעל באונס אשתו הייתה "התפתחות טבעית, צפויה מראש של החוק", בעקבות השינוי במעמד הנשים בנישואין וההתפתחות בפסיקתם של בתי המשפט SW v UK, [1995] ECHR 52 (22 November 1995), para. 40, 43; CR v UK, [1995] ECHR 51 (22 November 1995); 51 דנה פוג'י "ברצון שניהם ובשמחתם": אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 501 (עורכות: דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון, דנה פוג'י, 2007).

⁵⁹ עוד על הסכנות הטמונות במעורבות פוליטית באכיפת החוק הפלילי, לרבות מינויים פוליטיים של שופטים, ראו, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 17: תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירות שוטרים), לעיל ה"ש 34.

⁶⁰ ס' 11 לחוק היסוד – "פסקת הכיבוד"

⁶¹ מיכאל האוזר-טוב, חוקי יסוד יבוטלו, היועמ"ש יפוצל: ארבעת השלבים בתוכנית המלאה להחלשת מערכת המשפט, **הארץ**, 22.1.23, <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2023-01-22/ty-article/premium/00000185-d85d-da66-a1bf-f9df6dda0000>

חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי. סעיף 17 להצעת חוק יסוד זו קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". הצעות החקיקה הנוכחיות פוגעות בעקרון זה בכל מימד אפשרי.

סיכום

אימוץ השינויים המשטריים המוצעים על ידי הקואליציה הנוכחית לא יסתיים בניצחון של העם על בית המשפט. הוא יסתיים בהעברת מוקד הכוח במלואו לידי זרועות הרשות המבצעת, בין אם הרשות החוקרת או הרשות התובעת, ובין אם באמצעות חקיקה בלתי מבוקרת, הפוגעת בזכויות יסוד. כפי שצינו, ההגנה המסוימת שמעניק בית המשפט כיום, גם היא עלולה להיעלם. המטרה המוצהרת של מקדמי החקיקה להוביל להפרדת רשויות, כביכול, אינה תוצאה הכרחית או אפילו מסתברת של השינויים המוצעים, כי אם להיפך היא תביא לריכוז כוח כמעט בלתי מוגבל בידי הממשלה, באופן אשר צפוי לפגוע באורח קשה בכולנו.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' דנה פוג'י, הקריה האקדמית אונו

ד"ר גליה שניבוים, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב

תודתנו לפרופ' מירי גור-אריה, לד"ר סיגל שהב ולד"ר ענת רוזנברג על הערותיהן