

## הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)

אהרון ברק

א. המהפכה החוקתית ♦ ב. המהפכה החוקתית ורשויות השלטון ♦ ג. המהפכה החוקתית ויחסי פרט-כלל ♦ ד. הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי ♦ ה. המהפכה החוקתית והמשפט הפלילי ♦ ו. פסקת ההגבלה ♦ ז. הדין הקיים ♦ ח. השפעת חוקי-היסוד על המשפט הפלילי המהותי 1. משפט השוואתי 2. חוק-היסוד ועקרונות יסוד בריני עונשין 3. חוקי-היסוד ויסודות העבירה ♦ ט. השפעת חוקי-היסוד על המשפט הפלילי הדיוני ♦ י. סוף דבר

### א. המהפכה החוקתית

במרס 1992 התרחשה אצלנו מהפכה חוקתית.<sup>1</sup> במרס 1992 נחקקו שני חוקי-יסוד חדשים: חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכוחם של שני חוקי-היסוד

\* המחבר הוא נשיא בית המשפט העליון.  
1 ראה א' ברק *פרשנות כמשפט*, כרך שלישי "פרשנות חוקתית" (תשנ"ד-1994) 61, 261 (להלן: ברק, פרשנות כמשפט); א' ברק "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" *משפט וממשל* א 9 (1992); ראה: בג"צ 726/94 *כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר*, פ"ד מח (1) 441, 463: "בחודש מרץ 1992 נפל דבר ביסודות המשפט בישראל. נתקבלו ונכנסו לחוקף שני חוקי-היסוד המגדירים ומבססים במידה וברמה חוקתיים וזכויות יסוד של האזרח." (השופט ד' לוינ); ע"א 6821/93 *כנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי* (טרם פורסם): "המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרס 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית" (השופט ברק). לביקורת השימוש בדיבור "מהפכה חוקתית" ראה: מ' אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?" *מחקרי משפט* יב(2) (תשנ"ו) 253. אינני מקבל הביקורת של השימוש בדיבור "מהפכה חוקתית". לדעתי, המעבר מזכויות אדם שבסיסן הלכתי או שבסיסן חוק רגיל לזכויות אדם שבסיסן חוקתי-על-חוקי הוא מעבר "מהפכני". כמובן, הסובר כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אינם במעמד חוקתי-על-חוקי יסוד גם שלא התרחשה כל מהפכה כמעמדן של זכויות אדם. אך מי שסבור, כמוני, כי מאז שהוחקו שני חוקי-היסוד, זכויות האדם מעוגנות בנורמה חוקתית-על-חוקית, אינו צריך לחשוש מכינוי השינוי כמהפכה. על כל פנים, הוויכוח אסור לו שיהיה סמנטי. אסתפק בתיאורו של פרופ' אלון כי "דבר גדול נפל במערכת המשפטית בישראל; עקרונות היסוד שבהחוקי-היסוד כתובים עלי ספר והם בעלי אופי חוקתי" (שם, בעמ' 257), ובלבד שיוברר כי אותו "דבר גדול" - או "מהפכה" בלשוני - הגו שינוי במדרג הנורמטיבי.

## אהרון ברק

החדשים, נקבעו מספר זכויות אדם כובעות עוצמה חוקתית - על-חוקית.<sup>2</sup> רובן של זכויות אלה הוכרו גם בעבר. מיעוטן מכוח חקיקה,<sup>3</sup> רובן מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון, פרי יצירתם של גדולי שופטנו, מאז קום הנודינה. השינוי העיקרי הוא בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות אלה. שוב אין חוק רגיל של הכנסת יכול לפגוע בזכויות אלה, אלא אם כן הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הוא נחקק לתכלית ראויה, ופגיעתו בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הנדרש. בכך נכנסה לתוקפה מגילת זכויות האדם (ה-Bill of Rights) הישראלית. הפכנו לדמוקרטיה חוקתית.<sup>4</sup> הצטרפנו לאומות הדמוקרטיות בנות התרבות המעניקות לזכויות האדם מעמד חוקתי על-חוקי. כמו ארצות-הברית, קנדה, צרפת, גרמניה, איטליה, יפן ומדינות מערביות אחרות, גם לנו הגנה חוקתית על זכויות האדם; גם לנו הפרק המרכזי בכל חוקה כתובה, שעניינו זכויות האדם; גם לנו הגבלה על כוח החקיקה של המחוקק הרגיל; גם לנו ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק הפוגע שלא כדין בזכויות האדם המוגנות על-ידי חוקי-היסוד.<sup>5</sup> גם לנו חוקה כתובה, אשר המחוקק הרגיל כפוף לה, ואינו יכול לשנותה.<sup>6</sup>

- 2 ראה: ע"א 6821/93, לעיל הערה 1: "חוק 'רגיל' שהכנסת מקבלת (יהא הרוכב לכך אשר יהא) אינו יכול לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק-היסוד, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם החוק 'הרגיל' אינו מקיים דרישות אלה, הוא לא חוקתי, בין אם נאמר בו במפורש כי הוא מבקש לפגוע בזכות אדם מוגנת בחוק היסוד, ובין אם הפגיעה משתמעת" (השופט ברק);  
ראה גם: בש"פ 6654/93 *בינקין נ' מ"י*, פ"ד מח (1) 290, 293: "לכל אדם הזכות לצאת מישראל. בעבר עוגנה זכות יסוד זו בהלכה הפסוקה... עתה קבועה זכות זו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... לזכות זו מעמד חוקתי על-חוקי. חוק רגיל שנחקק לאחר מועד כניסתו של חוק-היסוד לתוקף, הפוגע בזכות היסוד ואשר אינו מקיים את דרישותיה של 'פסיקת ההגבלה' (סעיף לחוק-היסוד), הוא חוק לא חוקתי" (השופט ברק);  
בג"צ 3914/92 *לב נ' בית הדין הרבני; האו"י בתל-אביב-יפו*, פ"ד מח (2) 457, 503: "חוק-יסוד זה העלה את זכויות האדם - שברובן היו זולתניות (זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר), לרמה חוקתית על-חוקית." (השופט ברק);  
ע"א 239/92 *"אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח*, פ"ד מח (2) 66, 72: "חוק-יסוד: חופש העיסוק... העניק לזכות זו הכרה חוקתית פורמלית ומעמד על-חוקי. היא הפכה לזכות יסוד מוגנת העומדת על רמה נורמטיבית גבוהה יותר מדבר חקיקה 'רגיל' או מהמשפט המקובל נוסח ישראל." (השופט ד' לויץ);  
בג"צ 5394/92 *הופרט נ' י"ד ושם*, *רשות הויכוחן לשואה ולגבורה*, פ"ד מח (3) 353, 362: "היום ניתן לעגן את עקרונות השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית" (השופט אור);  
בג"צ 4746/92 *G.P.S. Agro Exports LTD. ואח' נ' שר ההקלאות ואח'* (טרם פורסם): "עם עיגונה של הזכות לחופש העיסוק בחוק-יסוד קנו לה מעמד על-חוקתי" (השופט מצא).  
כגון שוויון המינים: ראה חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951.  
למהותה של דמוקרטיה חוקתית ראה: בויק, *פישנות במשפט*, לעיל הערה 1, בעמ' 37.  
ראה: ע"א 6821/93, שם: "בית המשפט בישראל הוא בעל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. עליו לבחון (כשלב הראשון) אנו חוק 'רגיל'... פוגע בזכות אדם מוגנת. ועליו לקבוע (בשלב השני) אם הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם בית המשפט מגיע למסקנה כי זכות היסוד נפגעה בלא שנתקיימו דרישותיה של פסקת ההגבלה, בכוחו ליתן סעדים חוקתיים, ובהם הכרזה על בטלותו של החוק (או חלק ממנו)" (השופט ברק).  
חרף זאת, עדיין מרבים אצלנו לומר, כי אין בישראל חוקה כתובה - ולא היא. גם לנו חוקה, והחוקה כתובה. החוקה היא נוקשה, במובן זה שחוק רגיל - יהא הרוכב שנתקבל בו אשר יהא - אינו יכול לשנותה

## ב. המהפכה החוקתית ורשויות השלטון

המהפכה החוקתית של מרס 1992 הביאה לשינוי מהותי במערך רשויות השלטון. "כל רשות מרשויות השלטון" - קובע כל אחד מחוקי-היסוד החדשים - "חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>7</sup> הכנסת (כרשות מחוקקת) חייבת לכבד את זכויות האדם המוגנות בחוקי-היסוד. כוח החקיקה של הכנסת הוגבל. אמת, מעולם לא היתה הכנסת ריבונית. הריבוניות שייכת לעם, לא לנציגיו. אבל הכנסת היתה בעבר עליונה (supreme) בכוח החקיקה שלה. מעתה הוברר שהעליונות היא של החוקה החדשה שלנו. מכוחה של חוקה זו עומד בראש המדינה הנשיא. למדינה עצמה שלושה אורגנים עיקריים, באמצעותם היא פועלת. אלה הן שלוש הרשויות השלטוניות: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. שלוש רשויות אלה הן שוות במעמדן החוקתי. שלושתן יציר החוקה שלנו. בינן ובינן עצמן קיימת מערכת יחסים של "איזון ובלימה" אשר נועדה להבטיח כי כל רשות תפעל בגדרי סמכותה, כי אף רשות לא תהא בעלת כוחות בלתי מוגבלים. בכך תובטח החירות. במערך רשויות זה, תפקידה המרכזי (אם כי לא היחיד) של הכנסת הוא לחוקק חוקים. כוחותיה של הכנסת לחקיקה הפוגעת בזכויות האדם הוגבלו. הממשלה, אשר בעבר יכלה להביא לחקיקתו של כל חוק, באמצעות הרוב הקואליציוני, שוכ אינה חופשית כבעבר. הפוליטיקה הישראלית, בכל הנוגע לזכויות האדם, הפכה לפוליטיקה קונסטיטוציונית. אין בכך הנמכת קומתה של הכנסת. במדינה דמוקרטית חוקתית המחוקק הרגיל חייב לפעול בגדריה של החוקה, מבלי שהדבר נתפס כדבר הפוגע במעמדו. האם מישוהו טוען ברצינות כי לקונגרס האמריקני או לפרלמנט הקנדי<sup>8</sup> יש מעמד נחות? אין בכך החלשתה של הממשלה. האם מישוהו טוען ברצינות כי הנשיא האמריקני חלש, שכן הוא חייב לכבד את ה-Bill of Rights האמריקני? האם מישוהו טוען ברצינות, כי הנשיא הצרפתי חלש, מכיוון שהוא חייב לכבד את ההצהרה על זכויות האדם מ-1789, המהווה חלק מהחוקה של הרפובליקה החמישית?<sup>9</sup> אכן, זכויות אדם חוקתיות, אינן מניחות רשויות שלטון חלשות. הן מניחות רשויות שלטון חזקות, המגשימות את התכניות הפוליטיות שלהן. אך הגשמתן של תכניות אלה חייבת להיעשות במסגרת חוקתית, תוך כיבוד זכויות האדם. כמוכן, גם ללא עיגון חוקתי לזכויות האדם משתדלות רשויות שלטון לכבד זכויות אדם. אך בהיעדר עיגון חוקתי לזכויות האדם, הן

7 ואינו יכול לפגוע בזכויות האדם שעוגנו בה. הנוקשות של חוקתנו מוגבלת, שכן ניתן לשנותה בחוק-יסוד, אשר דרישות הרוב לגביו הן מוגבלות. כך, למשל, די בחוק-יסוד שנתקבל ברוב רגיל כדי לשנות את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשם שינויו של חוק-יסוד: חופש העיסוק נדרש רוב של חברי הכנסת. זה רוב "קטן" לשינוי חוקתי. ראה בעניין זה את הצעת חוק-יסוד: חקיקה, ה"ח תשנ"ג 89. סעיף 11 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

8 ראה סעיף (1)52 ל-Canadian Charter of Rights and Freedoms הקובע כי: "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

9 וזאת מכוח החלטה של בית המשפט החוקתי (ה-Conseil Constitutionnel), שלפיה, האמור במכוא לחוקה, כי העם הצרפתי דבק בהצהרה על זכויות האדם מ-1789, הופך את זכויות האדם הקבועות בהצהרה לזכויות חוקתיות. ראה: 66 J. Bell *French Constitutional Law* (Oxford, 1992).

מוסמכות לפגוע בזכויות אדם, ללא מגבלות חוקתיות, אם הן מביעות רצונן זה באופן ברור ומפורש. חופש זה נשלל מהן עתה.

המהפכה החוקתית הביאה לשינוי במעמדה של הרשות השופטת. אחריות כבדה הוטלה עליה. עליה לצקת תוכן קונקרטי "בוהכללות המלכותיות" של חוקי-היסוד.<sup>10</sup> עליה להיות מודעת לערכי היסוד של העם. עליה לאזן ביניהם, על-פי תפיסות היסוד של "הציבור הנאור" בישראל.<sup>11</sup> עליה לשקף את המצפון הציבורי הכללי, את הקונסנסוס החברתי,<sup>12</sup> האתיקה המשפטית והשכנוע ההערכתי של החברה הישראלית כאשר להתנהגות ראויה ובלתי ראויה. הפרשנות החוקתית, אסור לה שתהא פורמליסטית-פדנטית.<sup>13</sup> היא צריכה להיעשות מתוך מבט רחב ומתוך גישה מהותית.<sup>14</sup> חוקה היא מסמך חי,<sup>15</sup> ופרשנותה צריכה לתת ביטוי ל"אני מאמין" של החברה. פרשנות זו צריכה להתבסס על ההמשכיות ההיסטורית של התקומה הלאומית, מתוך רצון להגיע לאחדות ולהרמוניה חוקתית.<sup>16</sup> הפרשן צריך להתבסס על הלשון, על ההיסטוריה, על הפילוסופיה, על הוויגיון ועל המשפט גם יחד.

אכן, המהפכה החוקתית הדגישה מחדש את עקרון הפרדת הרשויות. אין משמעותו של עיקרון זה בקיומן של שלוש רשויות אשר חומות מפרידות ביניהן. משמעותו של עקרון

- 10 כדבריו של השופט ג'קסון (Jackson) בפרשת *Fay v. New York* 332 U.S. 261, 282 (1947) המפנה אל ה-'majestic generalities' של החוקה.
- 11 על "הציבור הנאור" כאמת-מידה פרשנית, ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 229; א' ברק "הציבור הנאור" ספר לנדוי, כרך ד (תשנ"ה) 677; ראה גם: ע"א 105/92 *ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית*, פ"ד מז (5) 189, 206. על השימוש בביטוי "ציבור נאור" יצא הקצף. ראה: ע"א 506/88 *שפר נ' מ"י*, פ"ד מח (1) 87, 103. לביקורת הביקורת ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 240. "הציבור הנאור" - כמו האדם הסביר - אינו אלא האנשה המשקפת איזון ראוי של ערכים.
- 12 ראה: בג"צ 58/68 *שליט נ' שר הפנים*, פ"ד כג (2) 477, 602. ראה גם ע"א 105/92, שם. "אמת-המידה של הציבור הנאור" משקפת את הקונצנזוס החברתי הקיים. קונצנזוס זה מחפתח במשך השנים."
- 13 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 83. ראה גם דברי השופט דיקסון (Dixon) בפרשת *Australian National Airways Pty Ltd. v. Commonwealth*, 71 C.L.R. (1945) 29, 81: "[We] should avoid pedantic and narrow construction in dealing with [such] an instrument of government". ראה גם דברי השופט וילברפורס (Lord Wilberforce) בפרשת *Minister of Home Affairs v. Fisher* [1979] 3 All E.R. 21, 25 המציין כי הוראה חוקתית דורשת "a generous interpretation avoiding what has been called 'the austerity of tabulated legalism' suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to"
- 14 ראה: דברי הנשיא אגונט בר"נ 13/60 *י"ה"מ נ' מתאנה*, פ"ד טו 430, 442: "כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (spacious view) על הסמכויות האמורות בו." ראה גם עב 2/84 *ויימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה*, פ"ד לט (2) 225, 306; בג"צ 428/86 *ברזילי נ' ממשלת ישראל*, פ"ד מ (3) 505, 618.
- 15 ראה: W.H. Rehnquist "The Notion of a Living Constitution" 54 *Tex L. Rev.* (1976) 693; A.S. Miller "Notes on the Concept of the 'Living' Constitution" 31 *Geo. Wash.L.Rev.* (1963) 881 (a living tree) אשר גדל ומתפתח ומסגרת גבולותיו הטבעיים. ראה: Reference re s. 94(2) *Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 508.
- 16 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 175.

## הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט

הפרדת הרשויות בדמוקרטיה חוקתית הוא קיומן של שלוש רשויות, שוות במעמדן החוקתי הפועלות במסגרת החוקה. אף רשות אינה ריבונית; אף רשות אינה עליונה; העליונות שייכת לחוקה; כל רשות היא מוגבלת. בין הרשויות מתקיימים איזונים ובלמים (checks and balances) עדינים.<sup>17</sup>

### ג. המהפכה החוקתית ויחסי פרט-כלל

מרכזה של המהפכה החוקתית הוא ביצירת ממד חדש ביחסים בין הפרט לכלל בישראל.<sup>18</sup> "עם הקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והתוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים, ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון".<sup>19</sup> אין זכויות האדם החוקתיות מוחלטות. הן זכויות יחסיות בלבד.<sup>20</sup> זכות אדם אחת גורעת מזכות אדם אחרת, תוך יצירת איזון (פנימי)<sup>21</sup> המשקף את המשפט (הציבורי והפרטי) שלנו. יחסיות זו של הזכויות מתבטאת בייחוד בצורך לפגוע בזכויות אדם לשם השגתן של מטרות חברתיות (איזון חיצוני).<sup>22</sup> צורך זה קיים בכל חברה ובכל עת. המהפכה החוקתית שלנו לא ביטלה צורך זה. כמו בעבר, גם עתה ניתן לפגוע בזכויות אדם לשם הגשמתן של מטרות לאומיות. השינוי שהתרחש במרס 1992 הוא בכך שבעבר היתה ההגבלה היחידה על כוחו של הרוב (באמצעות המחוקק) לפגוע בזכויות אדם, כמעריך הכוחות הפוליטי והריסון העצמי של הרוב. לאחר מרס 1992, מעריך הכוחות הפוליטי, המבקש לפגוע בזכויות האדם, מוגבל אף הוא. בצד הריסון העצמי עומד עתה הריסון החוקתי, המתבטא ב"פסקת ההגבלה",<sup>23</sup> הקובעת:

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.

מכותה של פסקה זו נוצר אותו איזון חדש בין הפרט לכלל, בין האדם לחברה. נקודת המוצא הנה, כי זכויות האדם מותנות בקיומה של מסגרת חברתית המקיימת אותן. אין זכויות האדם משקיפות על הפרט כאי בודד. זכויות האדם, הקבועות בחוקי-היסוד, משקיפות על הפרט כחלק מחברה. הפרט הוא יציר חברתי. לחברה יעדים לאומיים. החברה מבוססת על שלטון,

- 17 השווה: בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141.
- 18 ראה דברי השופט אסתי (Estey) בפרשת [1984] *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* המציין כי עם הקיקתו של הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים: "Comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights".
- 19 בש"פ 537/95 עימאד גנימאח נ' מ"י (טרם פורסם).
- 20 על "יחסיות" זכויות אדם ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 369.
- 21 על "האיזון הפנימי" ראה: שם, בעמ' 377.
- 22 על "האיזון החיצוני" ראה: שם, בעמ' 386.
- 23 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

## אהרון ברק

שנוער לקדם מטרות לאומיות. כוח השלטון הוא תיוני לקיום החברה ולקיומן של זכויות האדם.<sup>24</sup> המהפכה החוקתית מבוססת על פשרה לאומית בין כוח המדינה לזכות הפרט. היא פרי ההכרה, כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת החברתית גם יחד. היא נועדה למנוע את הקרבת המדינה על מזבח זכויות האדם. היא מכוונת למנוע את הקרבת זכויות האדם על מזבח המדינה.<sup>25</sup> אין ניגוד בין זכויות הפרט לביטחון הכללי.<sup>26</sup> המהפכה החוקתית אינה מבטלת את זכותה של חברה להגן על עצמה מפני עבריינים. אין סתירה בין זכויות אדם וביטחון המדינה. המהפכה החוקתית אינה מבטלת את זכותה של מדינה להגנה עצמית.<sup>27</sup> המהפכה החוקתית שלנו נועדה לאפשר פגיעה בזכויות אדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. היא מכירה בצורך להגביל את זכויות האדם כדי לבנות מדינה המפתחת זכויות אדם. אכן, זכויות האדם וההגבלות המוטלות עליהן יונקות מאותו מקור, ומשקפות אותם ערכים.<sup>28</sup> אין זכויות האדם מוחלטות. הן ניתנות להגבלה. אך להגבלה על זכויות האדם יש גבולות, והם בצורך להגן על כבוד האדם וחירותו. עמדותי על כך באחת הפרשות בציני:

אכן, חוקי-היסוד יוצרים איזון חדש בין זכויות הפרט בינן לבין עצמן וכינן לבין טובת הכלל... בכך נוצר קשר פנימי שאין לנתקו בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי המצדיק הגבלתן. הזכות וההגבלה יונקים ממקור משותף.<sup>29</sup>

- 24 ראה: ברק, *פרשנות כמשפט*, לעיל הערה 1, בעמ' 475. ראה גם בש"פ 537/95, לעיל הערה 19: "זכויות האדם הן זכויותיו בחברה מאורגנת. זכויות האדם הן זכויותיו כיצור חברתי. כבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד. מכאן הצורך להתחשב בצרכי הכלל, תוך איזון בינן לבין זכויות האדם." (השופט ברק);
- ראה גם: ע"א 6821/93, לעיל הערה 1: "זכויות האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת את זכויות האדם... זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כאי בודד, אלא כחלק מחברה, אשר לה יעדים לאומיים. יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. אכן, הזכות החוקתית והפגיעה בה יונקים ממקור משותף" (השופט ברק).
- 25 ראה: ע"ב 2/84, לעיל הערה 14, בעמ' 310: "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אדם אינן כמה לכליון לאומי" (השופט ברק); ראה גם: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).
- 26 השווה: בג"צ 428/86, לעיל הערה 14, בעמ' 622.
- 27 על זכותה (החוקתית) הטבעית של החברה המאורגנת במדינה להגן על עצמה, ראה דברי השופט זוסמן בע"ב 1/65, *ירדור ג' יושב-ראש ועדת בחירות המרכזית לכנסת השישית*, פ"ד יט (3) 365, 390.
- 28 ראה דברי השופט דיקסון בפרשת *R. v. Oakes* [1988] 1 S.C.R. 103, 135: "The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified."
- פסק-דין זה צוטט בהסכמה בע"א 682/93, לעיל הערה 1, חנך שנקבע כי "הזכות החוקתית והפגיעה בה יונקים ממקור משותף".
- 29 בש"פ 537/95, לעיל הערה 19.

#### ד. הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי

המהפכה החוקתית הביאה לקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי.<sup>30</sup> "זכויות האדם החוקתיות הן חלק של המשפט החוקתי והן מכוונות בראש ובראשונה כנגד רשויות השלטון. עם זאת, הן מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט ובכך יוצרות קונסטיטוציונליזציה של המשפט."<sup>31</sup> "משמעותה של קונסטיטוציונליזציה זו היא, כי כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעת מהסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט, ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות."<sup>32</sup> "התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט (הציבורי והפרטי) ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מהסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות."<sup>33</sup> כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית צריכה להתאים עצמה להסדרים החוקתיים. כל ענף משפטי צריך לשנות את מושגי היסוד ואת תפיסות היסוד, על-מנת להתאים עצמם להסדר החוקתי החדש. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים (החוקים או ההלכתיים) בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. כך, למשל, אם בעבר נגזרה הזכות לחופש הביטוי מההגבלות ההלכתיות על שיקול הדעת המינהלי,<sup>34</sup> הרי שמעתה ייגזרו דיני שיקול הדעת המינהלי מהזכות לחופש הביטוי. אם בעבר עוצבה זכות הקניין מחוקי המקרקעין והמיטלטלין, הרי עתה יעוצבו חוקי המקרקעין והמיטלטלין על רקע זכות הקניין החוקתית. אם בעבר נתפסו ענפי המשפט השונים כמקור הנורמטיבי העיקרי לזכויות האדם, הרי מעתה יהווה המשפט החוקתי מקור נורמטיבי עיקרי לזכויות האדם. אכן, אם בעבר התמקדה הריטוריקה המשפטית שלנו בסמכות, בכוח ובשיקול דעת המינהלי, הרי מעתה נעבור לריטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכויות האדם, אלא זכויות האדם באיזונן הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני.<sup>35</sup>

30 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 62; ראה: פ' רדאי "חוקתיוזיה של דיני העבודה" *שנתון משפט העבודה* ד (תשנ"ד) 151; ר' בן-ישראל "השלכות חוקי-היסוד של משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" *שנתון משפט העבודה* ד (תשנ"ד) 27; א' יורן "המהפיכה החוקתית במיטוי בישראל" *משפטים* כג (תשנ"ד) 55.

31 בג"צ 3914/92, לעיל הערה 2, בעמ' 503.

32 בש"פ 537/95, לעיל הערה 19.

33 ע"א 6821/93, לעיל הערה 1 (השופט ברק).

34 כפי שמצאו ביטויים בפסק-הדין של בית המשפט העליון, ראה: בג"צ 73/53 *חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר הפנים*, פ"ד ז 871, והבאים אחריו. ל"טכניקה" השיפוטית ראה: א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול-העם' - קולו של העם" *גבורות לשמעון אגרנט* (תשמ"ז) 129.

35 ראה: בש"פ 537/95, לעיל הערה 19. ראה גם ע"א 6821/93, לעיל הערה 1: "חל שינוי בריטוריקה החוקתית. אם בעבר, הריטוריקה המשפטית התמקדה בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת (החוקתי, המינהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לריטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכות האדם, אלא זכויות האדם באיזונן הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני" (השופט ברק).

### ה. המהפכה החוקתית והמשפט הפלילי

המהפכה החוקתית לא פסחה, כמובן, על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני). נהפוך הוא: מניסיון של מדינות אחרות אנו למדים, כי חלק ניכר ועיקרי מהפעילות השיפוטית בתחום זכויות האדם החוקתיות סוכבת סביב המשפט הפלילי. עמדתו על כך כאחת הפרשות בווהלשון:

במיוחד רגיש המשפט הפלילי - המהותי, והדיוני - לשינויים בזכויות האדם בישראל. המשפט הפלילי עניינו חירות האדם וזאת מזה ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה. אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו בראש ובראשונה בתחומי המשפט הפלילי. כך הוא בוודאי לעניין המשפט הפלילי המהותי.<sup>36</sup>

כך הוא גם לעניין המשפט הפלילי הדיוני. באותה פרשה הוספתי:

הליך זה קשור קשר כה אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על סדר הדין הפלילי.<sup>37</sup>

נקודת המוצא העקרונית הנה כאמור, כי התרחשה קונסטרוקציונליזציה של המשפט הפלילי.<sup>38</sup> דבר זה מעוגן כמעט בכל אחד מסעיפיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם";<sup>39</sup> "אין פוגעים בקניינו של אדם";<sup>40</sup> כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו";<sup>41</sup> וכי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת";<sup>42</sup> כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל";<sup>43</sup> וכי כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת הפרט.<sup>44</sup> על רקע זה דומה כי כל המשפט הפלילי המהותי כפוף לחוקי-היסוד החדשים. הוראת חוק היוצרת עבירה פוגעת בחייו, בגופו ובכבודו של כל אדם. היא מגבילה את חירותו. היא עשויה לשלול את קניינו (קנס) ולמנוע ממנו מלצאת מהארץ. על כן נראה כי כל הנורמות הפליליות כפופות לחוקי-היסוד. הוא הדין בכל דרכי הענישה. אלה מגבילים את חירותו של אדם במאסר או במעצר. הם פוגעים בחירות תנועתו וזקנינו. בנוסף על כך נראה, כי המשפט הפלילי הדיוני (לרבות דיני הראייה) נתון למסגרות החוקתיות החדשות. דרכי החקירה המשטרית, מעצם

36 ראה בש"פ 537/95, ש.ם.

37 ראה בש"פ 537/95, ש.ם.

38 ראה: M. Kremnitzer "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 84; י" קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" *הפוקליט* מב (תשנ"ה) 64.

39 סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

40 סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

41 סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

42 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

43 סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

44 סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.



## הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט

מהותם עשויים לפגוע בכבוד האדם ובחירותו; חל איסור מפורש על מעצר וחיפוש.<sup>45</sup> הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי מתרחשת אפוא בכל הרמות של ההסדרים החוקתיים. אני מניח כי בעתיד יתפתחו ספרות ופסיקה אשר יעדנו את התמונה הגסה אשר ציירתי. בוודאי יהא מקום לבחון ביתר פירוט את מהותה של הזכות שהופרה, תוך יצירת הבחנה בין הזכויות השונות.<sup>46</sup> כמו-כן יהא צורך לפרש את ההוראות החוקתיות השונות, וקביעת תחום פריסתן. כך, למשל, האם נטילת דם על-ידי רופא מנאשם ללא הכרה, מהווה פגיעה בפרטיות ובצנעת חיו? האם בקשה של שוטר מחשוד להתלוות אליו לתחנת המשטרה מהווה פגיעה בהוראה האוסרת על "מעצר". דומה עם זאת, כי לצורך דברי המבוא הכלליים, ניתן לומר כי מרבית הפעילות השלטונית בתחומי המשפט הפלילי - בין חקיקתית, בין מינהלית ובין שיפוטית - כפופה עתה לחוקי-היסוד. נדרשת חוקתיות של המשפט הפלילי ואכיפתו.

### 1. פסקת ההגבלה

למותר לציין, כי משמעותה של הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי, אינה בביטולו של המשפט הפלילי. רושם כזה עשוי כמוכח להתקבל למקרא הסעיפים הראשונים של חוק-היסוד. אך אין לשכוח את פסקת ההגבלה.<sup>47</sup> זו מאזנת את התמונה. היא מאפשרת פגיעה חוקתית בזכויות אדם באמצעות המשפט הפלילי, ובלבד שמתקיימות דרישותיה. אכן, המשטר החוקתי החדש מבוסס על שני שלבים חוקתיים-פרשניים.<sup>48</sup> בראשון נבחנת השאלה אם דבר חקיקה או פעולה אחרת, פוגעת בזכות אדם חוקתית. שלב זה מהייב מתן פירוש לטקסט החוקתי מזה ולדבר החקיקה הפוגע מזה. אם התשובה היא בחיוב - וכאמור, במרבית המקרים בתחומי הפעילות השלטונית בפלילים היא תהיה חיובית - יש לעבור לשלב השני. בשלב זה נבחנת השאלה אם הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. דומה כי בעתיד תהיה פסקת ההגבלה המוקד העיקרי למאבק החוקתי בתחום הפלילי. אכן, לאור

45 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

46 בארצות-הברית פותחו מספר רמות של בדיקה חוקתית (levels of scrutiny), המשקפות את החשיבות החברתית היחסית של זכויות האדם השונות. ראה: J.E. Nowak and R.D. Rotunda, *Constitutional Law* (St Paul, 4th ed. 1991) 522.

47 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

48 על שלבי הבחינה החוקתית ראה: ע"א 6821/93, לעיל הערה 1: "כאשר שופט נתקל בטענה כי חוק נוגד את הוראות חוק-היסוד, עליו לבחון טענה זו בשלושה שלבים: בשלב הראשון, עליו לבחון אם החוק אכן פוגע בזכות אדם מוגנת. לשם כך עליו לפרש את זכות היסוד (פרשנות חוקתית) מחד גיסא, ואת דבר החקיקה הפוגע (פרשנות סטטוטורית) מאידך גיסא. ... אם המסקנה של השופט הנה כי החוק הרגיל אכן פוגע בזכות היסוד, עליו לעבור לשלב השני. בשלב זה עליו לבחון אם הפגיעה בזכות היסוד היא כדן, כלומר אם החוק מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. ... אם מסקנתו של השופט הנה כי החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, עליו לעבור לשלב השלישי. בשלב זה נבחן הסעד החוקתי" (השופט ברק); ראה גם: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 395. ראה גם: S.R. Peck "An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights Freedoms" 25 *Osgoode Hall L.J.* (1987) 1.

הניסוח הרחב של זכויות האדם עצמן, יש להגיה כי מרבית החקיקה הפלילית תיתפס כפוגעת בזכות אדם חוקתית. מרכז הכובד יעבור לרוב לפסקת ההגבלה. זה גם ניסיון של מדינות דמוקרטיות אחרות, שיש בהן הגנה חוקתית על זכויות האדם. במסגרתה של פסקת ההגבלה, נראה לי כי הצומת העיקרית תהיה הדרישה שהפגיעה בזכות אדם מוגנת לא תהיה במידה העולה על הנדרש.<sup>49</sup> נראה לי כי במרבית המקרים, כמובן לא בכלם, תעבור החקיקה הפוגעת את מבחן ערכיה של מדינת ישראל.<sup>50</sup> במקרים רבים היא תיתפס כמי שנועדה לתכלית ראויה, כלומר תכלית חברתית המקדמת את האינטרס הציבורי מתוך רגישות לזכויות אדם.<sup>51</sup> גדר הספקות יתמקד בעיקר במידה הראויה. זה מבחן של מידתיות או יחסיות (proportionality).<sup>52</sup> יש לגביו ספרות משוואה רבה.<sup>53</sup> הוא מקובל בקנדה,<sup>54</sup> בגרמניה<sup>55</sup> ובפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם.<sup>56</sup> מבחן זה כולל בחובו שלושה מבחני משנה: רציונליות, אמצעי הפוגע במיידה הפחותה, ויתס סביר בין מטרה לאמצעי.<sup>57</sup> בספרות

- 49 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 50 לפירוש הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל" ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 323, 516; ראה גם מ' אלון "דרך חוק בונוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" *עיוני משפט* יז (תשנ"ג) 659; מ' אלון, לעיל הערה 1. לשאלה הפרשנית בדבר מהותם של ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הוקדש סימפוזיון, אשר פורסם בכתב-עת *עיוני משפט* יט (תשנ"ה).  
 51 למהותה של "תכלית ראויה" ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 518.  
 52 עד כה עסקנו בעקרון המידתיות (יחסיות) במסגרת המשפט המינהלי. ראה: ז' סגל "עילת העדר יחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" *הפרקליט* לט (תש"ן) 507; י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" *משפט וממשל* ב (תשנ"ד) 109. בג"צ 987/94 יורונט קרוי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת החקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412; בג"צ 3477/95 בן עטיה ואח' נ' שר החינוך והתחבורה (טרם פורסם). מעתה נעסוק במשפט החוקתי. עיסוק זה יקרין עצמו גם על מהותה של המידתיות במשפט המינהלי.  
 53 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, עמ' 535.  
 54 ראה: פרשת אוקס, לעיל הערה 28. ראה גם: P.W. Hogg "Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification" 28 *Osgoode Hall L.J.* (1990) 817; La Forest "The Balancing of Interest Under the Charter" 2 *N.J.C.L.* (1992) 133; Weinrib "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter" 10 *S.Ct.L. Rev.* (1988) 469.  
 55 ראה: K. Hesse *Grundzüge des Verfassungsrechts für die Bundesrepublik Deutschland* (Karlsruhe, 16th ed., 1988) 27.  
 56 P. van Dijk and G.J.H. van Hoof *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Deventer, 2nd ed., 1990) 573.  
 57 ראה: ע"א 6821/93, לעיל הערה 1, וכן הערות 52-54 לעיל; ראה דברי השופט דיקסון בפרשת אוקס, לעיל הערה 28, עמ' 138:  
 "There are, in my view, three important components of a proportionality test: First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair 'as little as possible' the right or freedom in question... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom and the objective which has been identified as of 'sufficient importance'."

המשווה הבחינו בין הזכויות השונות, ונקבעו רמות מספר (levels of scrutiny) לבחינת החוקתיות של פגיעה בזכויות אדם.<sup>58</sup> עם זאת יש תמיד לזכור כי פסקת ההגבלה יוצרת לרוב מתחם של הגבלה,<sup>59</sup> אשר במסגרתו רשאי המחוקק להגשים את שאיפותיו הפוליטיות. ניתן למחוקק מרחב לתמרון חקיקתי.<sup>60</sup> אינני חושב שבית המשפט יחליף את דעת המחוקק אם העונש המרבי הראוי - בגדרי האמצעי הפוגע במידה הפחותה - הוא חמש שנות מאסר או שבע שנות מאסר. עם זאת בית המשפט עשוי לבחון אם ראוי שהתגובה החברתית תהיה פלילית דווקא (להבדיל מהסדרי רישוי, למשל); ובמסגרת הסנקציה הפלילית, אם ראוי שהענישה תהיה במאסר (להבדיל מקנס כספי); והאם העונש המרבי שהוטל אינו חורג מהמידה הראויה. אכן אם תחת חמש או שבע שנים יוטל מאסר עולם, עשוי בית המשפט לראות בכך, בנסיבות מתאימות - ועל רקע תשתית עובדתית ראויה המתמודדת עם מגוון שיקולי המדיניות החברתית המוצגת לבית המשפט<sup>61</sup> - כפגיעה מעבר למידה הראויה.

## ז. הדין הקיים

בטרם אעבור להשלכות הספציפיות יותר של חוקי-היסוד על המשפט הפלילי (המהותי והדיני), יש לציין כי הדין שעמד בתוקפו ערב כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ממשיך לעמוד בתוקפו.<sup>62</sup> הדין הקודם שוריין אפוא בפני ביקורת חוקתית אך משום שהוא דין קיים. מובן שפרשנותו של הדין הקיים תיעשה ברוח חוקי-היסוד החדשים.<sup>63</sup> אך אם פרשנות זו מביאה את הפרשן למסקנה כי הדין הישן, על-פי פרשנותו המחודשת, אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אין בכך כדי לפגוע בתוקפו של הדין הישן. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

- 58 רמות הבדיקה השונות פותחו בעיקר בארצות-הברית. ראה: נובק ורוטונדה, לעיל הערה 46, בעמ' 734.  
 59 על "מתחם ההגבלה" החוקתי ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 547.  
 60 ראה: ע"א 6821/93, לעיל הערה 1. דוקטרינה זו - המכונה power of appreciation - פותחה בייחוד בפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם: ראה ון דייק וון הוף, לעיל הערה 56, בעמ' 585.  
 ראה גם: MacDonald "Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" *International Law and the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago* (1987) 187; Jacobs "The 'Limitation Clauses' of the European Convention on Human Rights" (in A.L.C. de Mestral (ed.)) *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Lowansville, 1986) 22.  
 61 על התשתית העובדתית המוצגת לבית המשפט ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 479.  
 לניסיון הקנדי ראה: A. Lamer "Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights" 28 *Isr. L. Rev.* (1994) 576, 581, 582.  
 הגרמני ראה: Baade "Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany" 23 *J. of Politics* (1961) 491.  
 62 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 63 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 562; ראה גם: כ"פ 537/95, לעיל הערה 19; ראה: רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ (טרם פורסם); בג"צ 3914/92, לעיל הערה 2.

מעמדו החוקתי של חוק-היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק-היסוד כלפיו היא, על כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק-היסוד. הדין הישן מוגן בפני ביטול. עומדת לו מטריה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה כאשר למוכנו.<sup>64</sup>

עד כמה שהדין הישן מעניק שיקול דעת לרשויות שלטון, שיקול דעת זה צריך להיות במסגרת הסמכות הישנה, על-פי פירושה המחודש ברוח חוקי-היסוד. חקיקה פלילית חדשה - כגון חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 - כפופה לבחינה החוקתית המתבקשת על-פי חוקי-היסוד החדשים. אם ההוראה הפלילית החדשה חוזרת ללא כל שינוי על ההוראה הישנה או מוציאה מהכוח אל הפועל פוטנציאל שכבר טמון בה, היא כפופה לבחינה חוקתית.<sup>65</sup> על כן כל הוראותיו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, וכן חקיקה פלילית חדשה שתחליף את החלקים הספציפיים, תהיינה כפופות לביקורת חוקתית גם אם אין בחקיקה החדשה חירוש לעומת הישנה.

#### ח. השפעת חוקי-היסוד על המשפט הפלילי המהותי

##### 1. משפט השוואתי

בחינה שיטתית של חלקיו השונים של המשפט הפלילי, וניסיון לאתר את השפעתו של חוק-היסוד על חלקיו השונים של המשפט הפלילי, היא משימה רבת היקף. אין היא אפשרית במסגרתה של רשימה בודדת. אעמוד אך על מספר עניינים שיש להם חשיבות מיוחדת, מבלי שיש בכך ניסיון להקיף את התמונה הכוללת. מטרתה היא להעלות נושאים לדין ולמחשבה, תוך הסתמכות על ניסיון של שיטות משפט נאורות. אכן, המשפט החוקתי ההשוואתי הוא בעל חשיבות רבה. הוא מראה מהן האפשרויות הטמונות בטקסט, ומהם ההסדרים המקובלים על מדינות דמוקרטיות נאורות. הוא נותן לשופט-הפרשן ביטחון, כי הפירוש הניתן על-ידו מקובל במדינות נאורות, ופועל בהן יפה, הלכה למעשה. עם זאת, יש להיזהר מהפיכת השפחה לאדון. אין להשתעבד למשפט ההשוואתי. כוחו בהשראתו,<sup>66</sup> זכוחה של ההשראה

64 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י (טרם פורסם).

65 ראה: ע"א 6821/93, לעיל הערה 1.

66 ראה: ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לר (3) 57, 67; בג"צ 428/86, לעיל הערה 14, בעמ' 600. ראה גם: Kommers "The Value of Comparative Constitutional Law" 9 J. Mar. Proc. and Proc. (1976) 685, 692.

מוגבל הוא.<sup>67</sup> יש להביא בחשבון את השוני החברתי והתרבותי בין קהילות משפטיות שונות. רבים הם ההסדרים, שיאים הם ונאים לאמריקה או קנדה, אך אינם נאים ואינם יאים לנו. יש לנו בעייתיות שהיא מיוחדת לנו. ביטוי אחד ומרכזי לכך - גם אם לא יחיד - הוא הצורך להתחשב בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.<sup>68</sup> אין צורך זה קיים באמריקה ובקנדה. גם צורכי הביטחון שלנו שונים. העם שלנו שונה. השיטה שלנו שונה. מחד גיסא, נדרשת אפוא פתיחות למשפט המשווה ונכונות לספוג ממנו ידע והבנה. מאידך גיסא, נדרשת גישה ביקורתית למשפט המשווה, ונכונות שלא לאמצו במקום שאינו מתאים לתפיסות היסוד ולצורכי היסוד של הקהילייה שלנו. על רקע זה אבחן מספר היבטים של המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) והשלכות חוק-היסוד עליהם.<sup>69</sup>

## 2. חוק-היסוד ועקרונות יסוד בדיני עונשין

(1) חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, קובע כללים לפרשנות בפלילים. נקבע בו כי: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".<sup>70</sup> נראה לי כי הוראה זו תואמת את התפיסה החוקתית החדשה. בהנחה שכל שאר התנאים שווים, יש לתת עדיפות לערכים החוקתיים המגנים על הנאשם - כבודו וחירותו - והמביאים לצמצום היקפה של האחריות הפלילית.<sup>71</sup> על כן, פרשנותו של טקסט פלילי צריכה להיעשות ברוח זו.

(2) דומה כי עקרון החוקיות (*nullum crimen sine lege*)<sup>72</sup> מעוגן היטב בחוק-היסוד. פסקת ההגבלה מבטאת אותו.<sup>73</sup> פסקה זו קובעת, כי הפגיעה בזכות יסוד חוקתית צריכה להיות "בחוק" או "לפי חוק". הגישה המקובלת בספרות ההשוואתית היא כי הדרישה שההגבלה תהיה בחוק, אין משמעותה רק דרישה פורמלית, שהנורמה הפלילית תהא מעוגנת בדבר חקיקה. בספרות ההשוואתית הדגישו חזור והדגש, כי הדרישה בדבר "פגיעה בחוק" משקפת דרישה מהותית, והיא משקפת את עקרון החוקיות.<sup>74</sup> עמד על כך בית המשפט האירופי (שמושב בשטרסבורג) לזכויות האדם, בציינו:

- 67 ראה: P. Lahav "The Art of Comparative Constitutional Law" 53 *S. Cal. L. Rev.* (1980) 697.
- 68 על הדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית" (המופיע בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 330; ראה גם הערה 50 לעיל.
- 69 לעקרונות היסוד של דיני העונשין ראה: ש"ז פלר *יסודות בדיני עונשין*, כרך א (תשמ"ד) 1.
- 70 סעיף 34א. לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.
- 71 אין הוראה פרשנית זו מאמצת את התפיסה כי הוראה פלילית מתפרשת "לטובת האשם".
- ההוראה הפרשנית קובעת כי אמת-המידה הפרשנית הראויה היא זו של "תכלית" הנורמה הפלילית. כאשר הפרשן ניצב בפני תכליות נוגדות ושוות מעמד, עליו לבחור בתכלית אשר פירושה יקל "עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".
- 72 לעקרון החוקיות בפלילים ראה: פלר, לעיל הערה 69, בעמ' 3.
- 73 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 489. ראה גם: O.M. Garibaldi "General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality" 17 *Harv. Int. L. J.* (1976) 503.
- 74 ראה: P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (Toronto, 3rd. ed., 1992) 862.

## אהרון ברק

In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression prescribed by law: Firstly, the law must be adequately accessible, the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty; experience shows this to be unattainable.<sup>75</sup>

גישה זו התקבלה גם בישראל. "הדרישה כי הפגיעה תהא בחוק או לפי חוק משקפת את עיקרון החוקיות... עיקרון זה אינו בעל אופי פורמלי גרידא.<sup>76</sup> אכן, הגבלה "בחוק" משמעותה שהחוק צריך להיות כללי, פומבי, ידוע ומפורסם. החוק צריך להיות נגיש (בהבנה אליו) וגם ודאי (בתחומי פריסתו). על כן אין חוק פלילי "סתום" (vague) מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על רקע זה ניתן להניח, כי אם היתה הכנסת מקבלת כיום את סעיף 198 לחוק העונשין, ולפיו "העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית, דינו - מאסר שלוש שנים", לא היה הדבר עובר את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

(3) העיקרון, כי אין עונשין על דברים שכלב,<sup>77</sup> מעוגן בחוק-היסוד. קשה להלום כי חוק המעניש על מחשבה, בלא ביטוי התנהגותי, מקיים את תנאי פסקת ההגבלה. הוא היה מתנגש עם כל אחד ממרכיביה של פסקת ההגבלה.

(4) יש מקום למחשבה כי העיקרון, שלפיו אין עבירה ללא אשמה (*nullum crimen sine culpa*),<sup>78</sup> מעוגן בחוק-היסוד. נראה לכאורה כי חקיקה פלילית, לפחות זו המטילה עונשי מאסר, הקובעת עבירה פלילית בלא לדרוש מחשבה פלילית וללא דרישה של רשלנות -

"The requirement that any limit on rights be prescribed by law reflects two values that are basic to constitutionalism or the rule of law. First, in order to preclude arbitrary and discriminatory action by government officials, all official action in derogation of rights must be authorized by law. Secondly, citizens must have a reasonable opportunity to know what is prohibited so that they can act accordingly. Both these values are satisfied by a law that fulfils two requirements: (1) the law must be adequately accessible to the public, and (2) the law must be formulated with sufficient precision to enable people to regulate their conduct by it, and to provide guidance to those who apply the law."

75 בפרש *Sunday Times v. United Kingdom* [1979] 2 E.H.R.R 245, 270; ראה גם: *Malone v. United Kingdom* [1984] 7 E.H.R.R 14, 40; *Leander v. United Kingdom* [1987] Series 'A' no. 116; *Silver v. United Kingdom* [1983] 5 E.H.R.R 547

76 ע"א 6821/93, לעיל הערה 1.

77 לעיקרון זה (*nullum crimen sine actu*) ראה: פלר, לעיל הערה 69, בעמ' 31.

78 לעיקרון זה ראה: פלר, לעיל הערה 69, בעמ' 39.

כלומר חקיקה היוצרת איסור מוחלט - תהא לרוב מעבר למידה הדרושה. כך הוחלט במשפט המשווה.<sup>79</sup> לרוב אפשר להשיג את המטרה הראויה בגדרי האחריות הקפידה, כפי שנקבע בחוק העונשין החדש (סעיף 22); כלומר, בהכרה בשלילת האחריות, אם עשה הנאשם כל שניתן למנוע את העבירה.

(5) עיקרון נוסף של המשפט הפלילי הוא כי לכל עבירה יהא בצדה עונש ההולם את חומרתה.<sup>80</sup> דומה כי אף עיקרון זה מעוגן בחוק-היסוד. המחוקק שוב אינו חופשי בקביעת העונשים. אלה צריכים להיות ביחס פרופורציוני לחומרת המעשה. עונש חמור מדי יהא למעלה מן המידה הדרושה, ועל כן לא יקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. קשת הענישה צריכה להלום את המעשה הפלילי. בהקשר זה יש מקום להעלות את השאלה, אם עונש מוות - אם יוטל על-ידי המחוקק בעתיד - יעבור את פסקת ההגבלה. קיימת ספרות השוואתית השוללת אפשרות זו.<sup>81</sup> על-פיה, חקיקה ברבר עונש מוות עשויה להיכשל בכל אחת מהתחנות של פסקת ההגבלה.<sup>82</sup> קשה יהיה לו במיוחד לעבור את הדרישה כי אין הפגיעה למעלה מן המידה הדרושה. לעומת זאת עונש מאסר עולם יעבור כנראה את פסקת ההגבלה. מעניין להפנות את תשומת הלב לפסיקה החוקתית הגרמנית, אשר קבעה כי לשם שמירה ראויה על כבוד האדם של האסיר, יש ליצור מבנה מוסדי, המקיים "אור בקצה המנהרה"; כלומר, אפשרות לנאשם שלא לבלות את כל החיים בכית-הסוהר.<sup>83</sup> לשם כך אין

79 ראה: 2 S.C.R. 486 [1985] *Re B.C. Motor Vehicle Reference*; ראה גם: [1990] *R. v. Hess* 2 S.C.R. 906 (הוראת חוק, שלפיה מוטלת אחריות בגין אונס על מי שמקיים יחסי-מין עם נערה מתחת לגיל 14, גם אם אין הנאשם יודע שהיא מתחת לגיל 14, אינה חוקתית); 2 [1990] *R. v. Logan* S.C.R. 731 (חוק הקובע שניתן להרשיע בניסיון לרצח נאשם שלא צפה את השימוש בנשק אך התרשל בכך, אינו חוקתי); 3 S.C.R. 363 [1994] *R. v. Daviault* (אין להטיל אחריות פלילית על מי שפעל באוטומטיזם כתוצאה משחיית יתר).

80 ראה: פלר, לעיל הערה 69, בעמ' 45.

81 ראה: הוג, לעיל הערה 74, בעמ' 1137. בארצות-הברית מתמיד בית המשפט העליון בהשקפה כי אין עונש מוות מהווה "cruel and unusual punishment" (החיקון השמיני לחוקה); ראה: נובק ורוטונדה, לעיל הערה 46, בעמ' 522. החוקה הגרמנית קבעה הוראה מפורשת המבטלת את עונש המוות (סעיף 102). הדעה המקובלת היא, כי גם לולא הוראה מפורשת זו, היה עונש המוות בלתי חוקתי.

82 כך הוחלט באחד מפסקי-הדין הראשונים שניתנו על-ידי בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה: *The State v. Makwanyane and Another*, Case No. CCT/3/94 [1995] 3 SALR, SA, 391.

83 ראה: *פרשת מאסר העולם* (1977) 45 BVerfGE 187. בית המשפט מציינ, בין השאר, בתרגומו של קומרס. ראה: *D.P. Kommers The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham and London, 1989) 316.

"It is contrary to human dignity to make persons the mere tools of the state. The principle that 'each person must shape his own life' applies unreservedly to all areas of law; the intrinsic dignity of each person depends on his status as an independent personality. In the area of criminal sanctions, which demands the highest degree of justice, Article 1(1) determines the nature of punishment and the relationship between guilt and atonement. The basic principle 'nulla poena sine culpa' has the rank of a constitutional norm. Every punishment must justly relate to the severity of the offense and the guilt of the offender. Respect for human dignity especially requires the prohibition of cruel, inhuman, and degrading punishments. [The state] cannot turn the offender into an object of crime prevention to the detriment of his constitutionally

## אהרון ברק

להסתפק בכוח החנינה של הנשיא הממוסס על חסד. יש לקיים מסגרות של דין, אשר הנאשם זכאי לעבור בהן, ואשר מאפשרות שחזור מכית הכלא.<sup>84</sup> לעניין הענישה, שאלה יפה היא, אם עונשי מינימום מקיימים את דרישותיה של פסקת ההגבלה?<sup>85</sup> האם הם לא מעבר למידה הדרושה? האם מאסר במקרה של אי ושלום הקנס מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה? אין אצלנו הוראה מיוחדת, לפיה עונש אכזרי ויוצא-דופן אינו חוקתי. האם הדבר מתבקש מהוראות פסקת ההגבלה? כיצד משפיע חוק-היסוד על שיקול דעת השופט בגדר העונש המרבי? האם קיימים שיקולי ענישה המקובלים כיום ושאינם חוקתיים? האם הגבלת עבודת שירות למקרה שעונש המאסר אינו עולה על שישה חודשים, אינו מעבר למידה הדרושה, העשויה אולי להצדיק עבודות שירות גם בעונשים כבדים יותר? בקנדה היתה הוראה לפיה ביבוא סם מסוכן, קיים עונש מינימום של שבע שנות מאסר. נפסק כי עונש זה אינו יחסי, ועל כן לא חוקתי.<sup>86</sup> אמנם ההרתעה היא שיקול לגיטימי, אך עונש המינימום הזה הוא מעבר למידה הדרושה. אך האם עונש מינימום כל שהוא הוא חוקתי?<sup>87</sup> בקנדה נשאלה השאלה, האם עונש מינימום של מאסר עולם נגין הרשעה ברצח הוא חוקתי? האין צורך ליתן פתח מילוט?

(6) הכשרות של העושה היא מיסודו העבירה.<sup>88</sup> עד כה היה המחוקק חופשי בקביעת גיל הכשרות הפלילית. הוא שינה בעבר עמותו בעניין זה. מעתה תחייב הוראה פלילית חדשה בדבר כשרות לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. יש להניח כי אלה יקבעו סף תחתון ממנו אין לדדת.

(7) אין עבירה ללא התנהגות מרצון.<sup>89</sup> זה עיקרון בסיסי במשפט הפלילי. על-פיו, יש להטיל אחריות פלילית רק אם הנאשם עמד בפני חופש בחירה. ניתן לטעון כי התעלמות מעיקרון זה פוגעת בכבודו של האדם, ובשאר הערכים החוקתיים המוגנים בתוקי-היסוד. על-פי גישה זו קשה להניח כי חקיקה המטילה אחריות על-פי התנהגות שלא מרצון תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, נפסק בבית המשפט העליון של קנדה<sup>90</sup> כי חוק פלילי המטיל

protected right to social worth and respect. [It] must preserve the underlying assumptions governing the individual and the social existence of the human person. Thus Article 1(1) considered in tandem with the principle of the state based on social justice requires the state to guarantee that minimal existence - especially in the execution of criminal penalties - necessary for a life worthy of a human being. If human dignity is understood in this way it would be intolerable for the state forcefully to deprive a person of his freedom without at least providing him with the chance to ever again regain this freedom."

84 ראה: קומרס, לעיל הערה 83, בעמ' 320.

85 לשאלה זו ראה: הוג, לעיל הערה 74, בעמ' 1131.

86 ראה: *R. v. Smith* [1987] 1 S.C.R. 1045.

87 ראה: הוג, לעיל הערה 74, בעמ' 1134.

88 ראה: פלר, לעיל הערה 69, בעמ' 62.

89 ראה: פלר, שם, בעמ' 74.

90 בפרשת *Daviault*, לעיל הערה 79.



### הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט

אחריות על הפועל באוטומטיזם נוגד את הצ'יטר הקנדי על זכויות וחופשים. אין הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה הקנדית.

### 3. חוקי-היסוד ויסודות העבירה

אעבור להדגמת הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי בתחום המצב הנפשי הדרוש לגיבושה של עבירה. כפי שצינתי, יש מקום לטענה כי המבנה החוקתי החדש דורש לשם גיבוש אחריות פלילית, מחשבה פלילית לפחות בעבירות החמורות. אך מעבר לכך: אין המחוקק חופשי בקביעתה של המחשבה הפלילית. כך, למשל, נפסק בקנדה כי אין להרשיע אדם ברצח ולהטיל עליו סטיגמה של רוצח, אלא אם יוכח כי נתקיימה בו כוונה תחילה להביא למותו של אדם.<sup>91</sup> על כן נפסק, כי אין להרשיע אדם ברצח אם הוא גורם במזיד למותו של אדם תוך כדי ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה. על-פי גישה זו סעיף 300(א)(3) עשוי שלא לעבור את הבחינה החוקתית אם יחוקק מחדש. על-פי אותה גישה עצמה יש מקום לבחון אם דיני הקשר הקיימים שלנו, כפי שפותחו בהלכת קייזר,<sup>92</sup> אילו המשיכו לעמוד בעינם,<sup>93</sup> היו מעוררים בעיות חוקתיות קשות.

### ט. השפעת חוקי-היסוד על המשפט הפלילי הדיוני

השפעת מרחיקות לכת יהיו לקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי על הדיון הפלילי.<sup>94</sup> עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

עיקר ההשפעה - כך מלמד המשפט המשווה - יש לזכויות אדם חוקתיות על ההליך הפלילי. הליך זה קשור קשר כה אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על סדר הדיון הפלילי.<sup>95</sup>

91 בפרשת *R. v. Vaillancourt* [1987] 2 S.C.R. 636. בפסק-דינו כותב השופט למר (Lamer):

“There are, though very few in number certain crimes where, because of the stigma attached to the conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a mens rea reflecting the particular nature of that crime. Such is theft where, in my view, a conviction requires proof of some dishonesty. Murder is another such offence. The punishment for murder is the most severe in our society and the stigma that attaches to a conviction for murder is similarly extreme.”

92 ראה: ע"פ 88/58 קייזר נ' *היוה"מ*, פ"ד יב 1628. לביקורת ההלכה ראה: פלר, לעיל הערה 69, בעמ' 699.

93 הלכת קייזר בוטלה בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.

94 ראה: W.R. La Fave and J.H. Israel *Criminal Procedure* (St. Paul, 1985) 33.

“The corpus of constitutional doctrine probably does constitute the single most important body of law governing the process today”

95 כש"פ 537/95, לעיל הערה 19.

אף כאן יהא צורך לפתח תורה כללית של דיון פלילי חוקתי. עד כה נגזרו הזכויות הדיוניות של הנאשם בהליך הפלילי מחוק סדר הדיון הפלילי, מחקיקה משלימה ומהלכות המשפט המקובל (האנגלי והישראלי). מעתה ייגזרו הוראות סדר הדיון הפלילי (החקוק וההלכתי) מזכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. תחול אפוא קונסטיטוציונליזציה של ההליך הפלילי.<sup>96</sup> כמובן היה רצוי שקונסטיטוציונליזציה תבוא מכותן של הוראות חוקתיות מיוחדות לסדר הדיון הפלילי אשר תיקבענה בזוקה. הוראות כאלה מצויות בחוקות השונות. בצירטר הקנדי על זכויות וחופשים הוקדש פוק מיוחד ל"זכויות משפטיות" (legal rights). פרק זה עוסק, בין השאר, בחירותו של האדם, שאינה ניתנת לשלילה אלא על-פי העקרונות של הצדק הבסיסי (principles of fundamental justice),<sup>97</sup> בחסינותו של האדם מחיפוש ותפיסה בלתי סבירים,<sup>98</sup> וממעצר או מאסר שרירותיים.<sup>99</sup> כן נקבעו הוראות באשר לדרך ניהול ההליך הפלילי,<sup>100</sup> כגון קיומו של המשפט תוך זמן סביר<sup>101</sup> וחזקת החפות מפשע.<sup>102</sup> כן נקבעו הוראות באשר לזכותו של עד שלא להפליל עצמו.<sup>103</sup> הוראות דומות מצויות בחוקות אחרות.<sup>104</sup> הצעה ברורה זו פורסמה גם בישראל. הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט<sup>105</sup> כוללת רשימה חשובה של זכויות אדם הקשורות לניהול המשפט, ובמרכזן הוראות באשר לניהול ההליך הפלילי. הצעה זו טרם עברה את כל שלבי החקיקה. עם זאת אין בכך כדי למנוע את הקונסטיטוציונליזציה של ההליך הפלילי עוד בטרם הפכו הוראות אלה לחלק מחוקת המדינה. אכן, הקונסטיטוציונליזציה של ההליך הפלילי מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד זה מגן על חייו, גופו וכבודו של אדם.<sup>106</sup> כמו-כן אוסר חוק-היסוד כל

96 ראה: ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט 5 (1995), בעמ' 11: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו. זכותו של אדם לחירות עוגנה. יש לה השלכה מהותית על ההליך הפלילי. זכות זו נאבקה בגדרו, אולי יותר מאשר בכל מגזר אחר של המשפט, על הבכורה. מחוץ כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי. משמעות הדברים היא שינוי של הפירמידה הערכית. סדרי הדיון הפליליים יעלו כיונה. מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית."

97 סעיף 7 לצירטר הקנדי הקובע כך: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice"

98 סעיף 8 לצירטר הקנדי הקובע כך: "Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure"

99 סעיף 9 לצירטר הקנדי, ולפיו: "Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned" סעיף 10 קובע הוראה נוספת בעניין זה.

100 סעיף 11 לצירטר הקנדי.

101 סעיף 11(b) לצירטר הקנדי.

102 סעיף 11(d) לצירטר הקנדי.

103 סעיף 13 לצירטר הקנדי.

104 ראה, למשל, סעיפים 103 ו-104 לחוק-היסוד (ה-Grundgesetz) הגרמני; סעיפים 4, 5, 6, 8, ו-14 ל-Bill of Rights האמריקני עוסקים בזכויות במשפט; סעיפים 22, 24, ו-25 לחוקתה הזמנית של דרום אפריקה (מ-1994) עוסקים בזכויות במשפט.

105 הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח ושיג"ד 99.

106 סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

### הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט

שלילת חירות במאסר או במעצר.<sup>107</sup> כנגד איסורים אלה עומד ההיתר לפגוע בחירות על-ידי הוראת חוק המקיימת את ערכיה של מדינת ישראל, שנועדה לתכלית ראויה ואשר פגיעתה בזכות האדם אינה מעבר לנדרש.<sup>108</sup> במתח שבין האיסורים הכלליים ובין היתר הפגיעה בפסקת ההגבלה ניתן לעגן את מרבית ההסדרים החוקתיים באשר להליך הפלילי. כמובן אין בכך כדי לייחד הסדר חוקתי מפורט. הסדר כזה עשוי לתת ביטוי לרצונה הספציפי של הכנסת. הוא מקטין את חוסר הוודאות הטמון בהוראות כלליות. עם זאת, כל עוד לא נתקבלה חקיקת יסוד זו, לא יהא מנוס מגזירת ההסדרים החוקתיים בהליך הפלילי מתוך ההוראות הכלליות הקיימות. הסדרים אלה של סדר-דין-פלילי-חוקתי הם רבים ומגוונים. אצביע אך על דוגמאות מספר:

(1) חזקת החפות מקבלת מעטה מעמד חוקתי. בדרום אפריקה נפסק כי כל פגיעה בה היא בלתי חוקתית. על כן היפוך החזקה בתנאים מסוימים אינו חוקתי.<sup>109</sup> לעומת זאת בקנדה נפסק כי בתנאים מסוימים ניתן להפוך את חזקת החפות, ובלבד שמתקיימים תנאים של פסקת ההגבלה. פסק-הדין החשוב ביותר במסגרת הצירטר הקנדי בפרשת *R. v. Oakes*,<sup>110</sup> עסק בשאלה זו. החוק שנידון בפרשה זו קבע כי כל המחזיק סם מסוכן, חזקה עליו שהוא מחזיק בו לצורכי מסחר. נפסק כי היפוך חזקת החפות בהתקיים תנאים מסוימים הוא חוקתי. עם זאת נפסק, כי החזקה הספציפית שנקבעה בחוק נשוא אותה פרשה נוגדת את הצירטר. היא למעלה מן המידה הררושה. אין קשר רציונלי בין החזקת כמות קטנה של סם ובין סחר בסם. ההסדר הישראלי בעניין חזקה זו<sup>111</sup> הוא שונה, ויש מקום לטענה כי הוא עובר את הבחינה החוקתית. נראה לי כי הדרישה של כמות ראיות מעל לכל ספק סביר מקבלת עתה מעמד חוקתי, ופגיעה בה מחייבת קיום תנאי של פסקת ההגבלה.

(2) נראה לי כי זכות השתיקה היא חוקתית.<sup>112</sup> פגיעה בה יכולה להיעשות רק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה.

(3) דיני החיפוש והתפיסה יקבלו אצלנו ממד חוקתי. חוק-היסוד קובע כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו; אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם על גופו, בגופו או בכליו; אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".<sup>113</sup> מכאן שמרבית החיפושים ומרבית התפיסות פוגעים בזכות החוקתית של אדם לפרטיות ולצנעת חייו. הם עשויים לפגוע גם בכבודו, בחירותו ובקניינו. מכאן שדיני החיפוש ודיני התפיסה צריכים לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. יהא עלינו לבחון, למשל, בגדריה של חקיקה חדשה בענייני חיפוש ותפיסה, אם ומתי חיפוש ותפיסה ללא צו שיפוטי, מקיים את דרישותיה של

107 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

108 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("פסקת ההגבלה").

109 ראה: *The State v. Bhulvana*, Case No. A/004/94 [1995] 1 SALR, SA, 509; *The State v. Gwadiso*, Case No. CCT 11/95.

110 פרשת *R. v. Oakes* [1988] 1 S.C.R. 103.

111 ראה סעיף 31(3) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], חשל"ג-1973, ג"ח 526.

112 ראה: *R. v. Broyles* [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert* [1990] 2 S.C.R. 151.

113 סעיף 7(ב)(ג)-ו(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסקת ההגבלה, ובעיקר את התנאי בוֹכר המידה הדרושה? מהי מידת ההוכחה הנדרשת, כדי להצדיק מתן צו חיפוש ותפיסה? בכל אלה שוב אין חופש בלתי מוגבל למחוקק, ועליו לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995,<sup>114</sup> תצטרך לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה כדי לעבור את הבחינה החוקתית.

בהקשר זה תעורר בוודאי בעיית הסעד החוקתי. נניח כי זכותו החוקתית של אדם לפרטיות, לצנעת חייו, לקניינו, לחירותו ולכבודו הופרו על-ידי חיפוש ותפיסה שלא קיימו את דרישותיה של פסקת ההגבלה. ומהו הסעד החוקתי שהוא זכאי לו?<sup>115</sup> לשאלה זו שני מישורים: האחד, עניין האחריות האזרחית של אנשי השלטון אשר פעלו שלא כדין.<sup>116</sup> אף בעניין זה יש להתחשב בקונסטיטוציונליזציה של המשפט האזרחי. כיום יש לעובד הציבור הגנה בפני אחריות הגזיקין - וממילא גם למדינה הגנה בפני אחריותה השילוחית - "אם המעשה היה בתחום סמכותו כדין או שעשהו בתום לב כסבור שהוא פועל בתחום סמכותו כדין".<sup>117</sup> האם הגנה זו - אם מחוקק מחדש - מתיישבת עם דרישותיה של פסקת ההגבלה? ובעיקר האין זו פגיעה מעל למידה הדרושה לשחרר לא רק את עובד הציבור אלא גם את המדינה מאחריות (שילוחית) במקרה זה. כך, למשל, נקבע בחוקתה של גרמניה כי האחריות במקרים אלה תוטל על המדינה, אשר מצדה תוכל לחזור לעובד הציבור, אם הלה פעל מתוך זדון או רשלנות רבתי.<sup>118</sup> אך מעבר לכך: הזכאי הנפגע לסעד חוקתי היונק חיותו במישרין מתוק-היסוד, בלא צורך לעבור דרך פקודת הגזיקין? האין לומר כי מקום בו הזכות, שם התרופה (*ubi ius, ibi remedium*)?<sup>119</sup> המישור האחר, והמעניין אותנו כאן, עניינו התרופה הראייתית. האם ניתן לפתח תרופות חוקתיות ראייתיות, לפיהן בתנאים מסוימים, הראיות שהושגו כאמצעות חיפוש ותפיסה שלא כדין, אינם קבילים? הדבר נעשה בארצות-הברית, בדרך הלכתית.<sup>120</sup> הדבר קבוע במפורש בקנדה בצירטר הקנדי על זכויות וחופשים.<sup>121</sup> לפיו, הראיות פסולות, אם יוכח כי קבלתן "would bring the administration of justice into disrepute". אני מגיח כי ניתן להגיע לגוססה כזו, או דומה לה, בדרך שיפוטית. האם ניתן להגיע אליה במסגרתם של חוקי-היסוד החדשים שלנו?

114 ה"ח תשנ"ה 306.

115 לתורת סעדים חוקתיים ראה: ברק, פרשנות כמשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 701.

116 לעניין זה ראה: ד' ברק, *עוללות חוקתיות* (תשנ"ב).

117 סעיף 7(א) סיפא לפקודת הגזיקין [גוסס הדש], נ"ח תשכ"ח-1968 266.

118 סעיף 34 לחוק-היסוד הגרמני, הסעיף נבוסחו האנגלי קובע: "If any person, in the exercise of a public office entrusted to him, violates his official obligations to a third party, liability shall rest in principle on the state or the public body which employs him. In the event of wilful intent or gross negligence the right of recourse shall be reserved"

119 ראה בעניין זה: ברק, פרשנות כמשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 777.

120 ראה: J.G. Cook *Constitutional Rights of the Accused* (Vol. 1, Rochester, 1985) 793

121 סעיף 24(2) לצירטר הקנדי הקובע: "Where, in proceeding under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute"

(4) דיני המעצר החדשים אשר יוחקו בעתיד,<sup>122</sup> אם יוחקו - בין שלצורכי חקירה ובין שעד להעמדה לדין - חייבים יהיו לקיים מגבלות חוקתיות. חוק-היסוד קובע כי "אין מגבילים את חירותו של אדם במעצר". מכאן, שכל מעצר פוגע בזכות אדם חוקתית. כדי להצדיק את המעצר, יש לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.<sup>123</sup> כמו-כן, זכויותיו של נאשם בעת מעצר, כגון הזכות לעורך-דין, תעמוד לבחינה חוקתית. כפי שראינו, גם הפעלת סמכויות המעצר הקיימות צריכות להתפרש ברוח הוראות חוקי-היסוד. לכך השפעה על כל שלבי המעצר, לרבות פרשנותן של עילות המעצר, בעיית החלופה למעצר, כמות הראיות הנדרשת במעצר וכיוצא בהן בעיות משפטיות אשר פתרון יונק מהקונסטיטוציונליזציה של דיני המעצר.<sup>124</sup>

## י. סוף דבר

המהפכה החוקתית היא אך בראשיתה. אין היא משתרעת על מלוא היקף זכויות האדם. אין היא חלה על החקיקה הפלילית שעמדה בתוקף ערב חקיקתו של חוק-היסוד.<sup>125</sup> חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נהנה מנוקשות פורמלית, והכנסת יכולה לשנותו ברוב רגיל. חרף מגבלות אלה, השינוי אשר התרחש במרס 1992 הוא ניכר. יש לו השלכות ישירות על הוראת המשפט הפלילי ומחקר המשפט הפלילי. הוראה ומחקר אלה יצטרכו לצאת עתה מתוך עקרונות היסוד החוקתיים אל עבר עקרונות היסוד של המשפט הפלילי המתבקשים מהם, ומאלה אל עבר ההסדרים הספציפיים של המשפט הפלילי. מוסכמות רבות יצטרכו עיון ובחינה מחודשים. מטבע הדברים, לשינוי החוקתי השלכות מרחיקות לכת על הפעילות השיפוטית. במישור המעשי יש לצפות לריבוי טיעונים חוקתיים בתחום המשפט הפלילי דווקא. כמחצית הפסיקה של בית המשפט העליון של קנדה בענייני הצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות קשורה למשפט הפלילי. בוודאי כך אם יוחלט כי עינוי דין בגדרי ההליך הפלילי פוגע בזכות חוקתית של הנאשם. במישור העיוני יהא על השופטים לחשוב מחדש על מספר ניכר של סוגיות פליליות. אין זו חשיבה מחודשת על דבר פרטים. זו חשיבה מחודשת באשר לתפיסות היסוד. האחריות המוטלת עלינו, שופטי דור המדבר, היא קשה. אנחנו התחנכנו על ברכי ההסדר הישן. הוא חלק מהמבנה הנפשי שלנו. אנחנו תרמנו את חלקנו - כחוליות בשרשרת העשייה השיפוטית - בגיבושו של הדין הפלילי הישן. עתה אנו נדרשים לשנות את הכיוון שבגיבושו היתה לנו תרומה מסוימת. אין שינוי מחשבתי זה פשוט כלל ועיקר. במובן מסוים יש בו יסוד טראגי; הצורך שלך להרוס את המכנים שאתה בעצמך בנית. אך יותר מכך: עלינו להבטיח כי המעבר מהדין הפלילי הישן להסדרים הפליליים החדשים לא יביא לחוסר

122 ראה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995, ה"ח תשנ"ה 306. בדברי ההסבר להצעה נאמר, בין השאר, כי "מאחר שעיקרה של הצעת חוק זו עניינו הגבלת חירותו של הפרט, מונחית ההצעה על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."

123 כך, למשל, ספק בעיניי אם מעצר, אך בשל חומרת העבירה בלבד, מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. ראה: בש"פ 537/95, לעיל הערה 19.

124 ראה: בש"פ 537/95, לעיל הערה 19; דנ"פ 2316/95, לעיל הערה 64.

125 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

## אהרון ברק

ביטחון שאין אפשרות לחיות עמו. בתחום הפלילי דווקא, כחלק מעקרונות החוקיות עצמו, נדרשת שמירה על ודאות, על ביטחון ועל יכולת תכנון מראש של התנהגות הפרט. אך מעל לכול, עלינו, שופטי הדור הזה והתקופה המיוחדת הזו, מוטלת אחריות מיוחדת במינה. טעות קטנה שלנו היום עשויה להביא בעקבותיה טעות רכתי בעתיד. החמצה מזערית עתה עשויה לגרום בכייה לדורות. מכאן הזהירות הרבה הנדרשת מאתנו. עלינו לגלות את מירב האובייקטיביות השיפוטית.<sup>126</sup> לא את ערכינו הסובייקטיבים אנו משקפים, אלא את ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית,<sup>127</sup> המכירה בזכויות אדם המושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן תורין.<sup>128</sup> מכאן הצורך לאזן בזהירות בין צורכי הפרט וצורכי הכלל. מכאן הצורך לשקף את מלוא המורכבות של הקיום שלנו כמדינה יהודית ודמוקרטית. מכאן גם הצורך שלא להירתע מפני רוחות השעה החולפות. עלינו להתמקד בעקרונות ובבסיסי, ולהגשים את מלוא הפוטנציאל החוקתי.

השינויים החוקתיים יצרו סיכוי חדש. הסיכוי הוא בהשתתף השלטון על החוק, ולא בהשתתף החוק על השלטון. הסיכוי הוא בהכרה בתפקידו החוקתי של בית המשפט, כמאזן וכמבקר בין רשויות השלטון האחרות, וכשומר על זכויות האדם בישראל; הסיכוי הוא בהעלאת קרנן של זכויות האדם, ובקירוב הלבבות בין בני אדם, שכולם נבראו בצלם הבורא.<sup>129</sup> אכן, זכויות האדם עשויות להפוך לגורם המאחד את החברה הישראלית, על כל גווניה, לבני חברה אחת, אשר על דגלה חרוטות זכויות אדם. הסיכוי הוא שהמהפכה החוקתית תוליד מהפכה חברתית, אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר. היש סיכוי נעלה יותר?

126 ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 201. ראה גם ע"א 6821/93, לעיל הערה 1: "כגיבוש הניסיון השיפוטי שלנו נפעל באובייקטיביות, בענווה ובמלוא האומץ השיפוטי הנדרש" (השופט ברק).

127 ראה סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפרשנותו של הדיבור "מדינה יהודית ודמוקרטית" ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 323.

128 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפרשנותה של הוראה זו ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 301.

129 בראשית א, כז. ראה גם בראשית ה, א. על הקשר בין תפיסתה של מחשבת ישראל על בריאת האדם בצלם האל ובין המושג החוקתי של "כבוד האדם" ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 1, בעמ' 404.