

המעמד החוקתי של זכויות נפגעי עברה בעקבות מאמרו של הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ' "הדור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן"

מאת
אריאל בנדור*

תקציר

הרשימה היא תגובה על מאמרו של הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ', שבו נטען כי לנפגעי עברות נתונה – ומכל מקום ראוי להעניק להם – זכות חוקתית על-חוקית להליך הוגן בקשר לחקירה, להליך ההעמדה לדין ולמשפט הפלילי נגד הפוגעים בהם. הרשימה כוללת שתי הערות למאמרו של דנציג-רוזנברג ופוגץ', ובעקבותיהן הצעה המתבקשת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההערה הראשונה היא כי מן ההצדקות שהמחברות מביאות לטענתן מתחייב כי מן הדין להעניק לנפגעים זכות להיות צדדים מלאים להליך הפלילי במוכנו הרחב, ולא רק זכות להליך הוגן במוכן הצר יותר שהמחברות מציעות. ההערה השנייה היא כי ביסוד טענתן של המחברות שהמשפט הפלילי נועד לקדם לא רק מטרות הנוגעות באינטרס הציבורי, אלא גם מטרות הנוגעות בקידום אינטרסים של הנפגעים, מצויה הנחה כי המטרות האחרונות מחויבות על-ידי המשפט החוקתי. טענה זו מניחה את המבוקש, ובכללותה אין לה בסיס במשפט החוקתי הקיים, ואף לא הצדקה מספקת מן ההיבט של המשפט החוקתי הראוי. על רקע זה נטען כי אין בסיס להכרה במעמד חוקתי של זכויות נפגעי עברות בהליכים פליליים בכללותם. עם זאת, מוצע שככל שהליכים מסוימים המקוימים במסגרת המשפט הפלילי עשויים לפגוע באינטרסים מוגנים של נפגעי עברות, או לפחות בזכויות חוקתיות שלהם, יש להכיר בזכות חוקתית שלהם להיות צדדים מלאים לאותם הליכים, ולא רק ל"הליך הוגן" במשמעות הצרה שהמחברות מציעות במאמרו.

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

אני מודה להדר דנציג-רוזנברג ולדנה פוגץ' על מאמרו החשוב והמאלף ועל שיחות מרתקות, אשר חשפו אותי לשאלת מעמדן החוקתי של זכויות נפגעי עברה והעשירו את מחשבתי. אני מודה גם לעורכת עיוני משפט רומי מרטיץ, לחברי המערכת גלעד זוהרי, מיה טולידאנו ואסף וינר וכן לקוראים האנונימיים על הערותיהם החשובות.

פתיחה

הערה ראשונה – מהותה של הזכות החוקתית של נפגעי עברה
 הערה שנייה – מטרות המשפט הפלילי בעין המשפט החוקתי
 סיום – פירוש מוצע

פתיחה

1. חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חוק נפגעי עברה), מעניק לנפגעי עברות¹ שורה של זכויות בהליך הפלילי.² לצד הזכויות הייעודיות לנפגעי עברות, הקבועות בחוק נפגעי עברה ובחוקים נוספים,³ חלות על הנפגעים גם זכויות שמקורן בחוקים כלליים. כך, לדוגמה, נפגעי עברות זכאים לפיצויים מכוח חוקי הנזיקין ככל שהעברות שמהן נפגעו

1 הביטוי "נפגעי עברה" הוא בעייתי, משום שהוא מניח, גם לגבי נאשמים שטרם הורשעו (ואשר ממילא אין ביטחון כי יורשעו), כי הם ביצעו עברות שהמתלוננים או קרוביהם נפגעו מהן. לכך עלולות להיות השלכות סמליות בעייתיות הפוגעות בהפנמתה של חזקת החפות. מכאן שכל שלא הוכח – לא כל שכן ברמה הנדרשת במשפטים פליליים – כי החשודים או הנאשמים אכן ביצעו עברה, היה מוטב להשתמש בביטוי "מתלוננים". עם זאת, לנוכח המינוח בחוק ובמאמרו של המחברות, אשתמש אף אני להלן בביטוי "נפגעי עברות".

2 הזכויות של נפגעי עברות שנקבעו בחוק נפגעי עברה – הנתונות בחלקן רק לנפגעים של עברות מסוימות – כוללות, בין היתר: הגנה מפני חשודים, נאשמים ונידונים או קרוביהם; הגבלה לגבי מסירת פרטים אישיים; קבלת מידע על הזכויות כנפגעי עברה ועל התנהלות ההליך הפלילי; עיון בכתב האישום; קבלת מידע על מהלך המאסר של הנידונים; קבלת מידע על הסיוע המוצע לנפגעי עברה; ניהול ההליכים הפליליים תוך זמן סביר; מניעת חקירה על עבר מיני; זכות לנוכחות של מלווה בחקירה; זכות לנוכחות בדיונים הנערכים בדלתיים סגורות; זכות להביע עמדה לעניין עיכוב הליכים; זכות להביע עמדה לעניין הסדר טיעון; מסירת הצהרה בכתב על פגיעות ונזקים שנגרמו בשל העברה והבאתה לפני בית-המשפט בדיון בעניין גזר-הדין; זכות להבעת עמדה לפני ועדת השחרורים בדבר הסיכון הצפוי לנפגעים משחרור מוקדם; וזכות להבעת עמדה לפני החלטה של נשיא המדינה בעניין מתן חנינה או הקלה בעונש.

3 ראו ס' 77-78 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), המסמיכים את בית-המשפט להטיל על נאשם שהורשע לשלם פיצויים לנפגעי העברה. נאשמים שהוטל עליהם לשלם פיצויים מכוח הוראות אלה זכאים לערער על כך, ובלבד שהנפגעים יצורפו לערעור כמשיבים (רע"פ 87/88 נבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 276 (1988)). עוד ראו ס' 59א, 62א ו-63א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), הקובעים למתלוננים זכויות לערור על החלטה לא לחקור או לא להעמיד לדין (ובמקרים מסוימים גם על החלטה להעמיד לדין) בעקבות תלונתם. ראו גם את הזכויות לפי חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות, התשס"ח-2008, וכן לפי תקנות שירות המדינה (משמעת) (החלת הוראות מחוק זכויות נפגעי עבירה), התשס"ז-2006.

מהוות גם עוולות.⁴ הן הזכויות הייעודיות והן הזכויות הכלליות נקבעו על-ידי הכנסת – בחוקים "רגילים" – במסגרת סמכותה כרשות המחוקקת.

הסדרים משפטיים הקבועים בחוק תקף מחייבים לא פחות ולא יותר מהסדרים הקבועים בחוקי-יסוד או בכל נורמה משפטית תקפה אחרת (כגון חוזה). בעצם העובדה שהסדר מסוים נקבע במסגרת נורמה שמעמדה בפירמידת הנורמות של המדינה נמוך ממעמדה של נורמה אחרת אין כדי להפוך הסדר זה למחייב פחות מאותו הסדר אילו נקבע במסגרת הנורמה האחרת. מבחינה זו אין תמיד צורך בדיון הרווח בישראל, בפסיקה ובספרות, בשאלה אם זכות זו או אחרת קבועה בחוקי-יסוד.⁵

עם זאת, משמעותה של הקביעה כי זכות מעוגנת בחוקי-יסוד היא שהזכות מוכרת, וככלל אף בת-אכיפה, גם בנסיבות שבהן היא אינה נתונה מכוח חוק "רגיל", המשפט המקובל או תקנות. והעיקר: זכות המעוגנת בחוקי-יסוד נבדלת מזכויות אחרות בכך שהיא מחייבת אף את הרשות המחוקקת עצמה – הכנסת אינה מוסמכת לפגוע בזכות הקבועה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוקי-יסוד: חופש העיסוק אלא ככל שמתקיימים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה, כלומר, שהזכות תיפגע "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".⁶

2. המאמר החלוצי "הדור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן⁷ אינו עוסק בכלל הזכויות של נפגעי עברה – למשל, לקבלת פיצויים מהמדינה על שלא הגנה עליהם, להגנה מפני פגיעות עתידיות או לסיוע במימוש זכויותיהם האזרחיות לקבלת

4 זאת, גם אם הפוגעים לא הועמדו למשפט פלילי או זכו. ראו, לדוגמה, ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012).

5 כך, לדוגמה, בפסקי-דין מסוימים שבהם עמדה על הפרק הזכות לחינוך, הירדותו של בית-המשפט לשאלה אם זכות זו היא חלק מהזכות לכבוד האדם כמובנה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הייתה הכרחית לנוכח ההסדרה בחוקים "רגילים" – כגון חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, וחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988 – של מכלול הנושאים שנידונו באותן פרשות. ראו, בין היתר, בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת דליה דורנר (2002); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011). ראו גם אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 403-404 (2012). קיימת אומנם גישה שלפיה עיגונן של זכויות מסוימות בחוקי-יסוד מעלה את משקלן ביחס לזכויות אחרות. ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, פס' 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אהרן ברק (1995). עם זאת, נכונותה של גישה זו מוטלת בספק, שכן זכות תת-חוקתית – הקבועה בחוק או במשפט המקובל – עשויה לגבור על זכות חוקתית, ובלבד שהפגיעה בזכות החוקתית מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. מכל מקום, גישה זו יסודה בפירושם של חוקי-היסוד לפי תכליתם, והיא אינה נובעת מאליה מעצם קביעתן של זכויות בחוקי-יסוד.

6 ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

7 הדר דניציג-רוזנברג ודנה פוגץ "הדור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (2015) (להלן: "הזכות החוקתית להליך הוגן").

פיצויים מהפוגעים בהם (לדוגמה, על-ידי מסירת חומר החקירה או סיוע משפטי). המאמר עוסק בהיבט מצומצם יותר, גם אם מרכזי: זכויות נפגעי עברה בהליך הפלילי.

אין ספק שבהליך הפלילי יש לנפגעי עברה זכויות שאינן פחותות מאלה של כל אדם. לכן, ככל שלעדים יש זכות לפרטיות, בין מכוח חוק-יסוד⁸ ובין מכוח חוק או כל נורמה משפטית אחרת, גם נפגעי עברה בוודאי זכאים לה; ככל שאדם או גוף – אף כאלה שאין להם אינטרס מיוחד בהליכים⁹ ולא כל שכן כאלה שיש להם אינטרס כזה – יכולים לעתור נגד הסדר טיעון או נגד סגירת תיק בשל העדר עניין לציבור, גם נפגעי עברה בוודאי יכולים לעשות כן;¹⁰ וככל שבית-המשפט דן בפיצוי כספי של הנפגעים, גם אם הדבר נעשה כחלק מהליך פלילי, יש לתת להם בוודאי זכות עמידה בעניין זה.¹¹

אולם במאמרו המחברות טוענות כי מלבד הזכויות הנתונות לנפגעי עברות מכוח חוקים, רבות כאלה הנוגעים בהליכים פליליים, ומעבר לחוקים אלה, נתונה לנפגעים – ומכל מקום ראוי להעניק להם – זכות חוקתית על-חוקית להליך הוגן בקשר לחקירה, להליך ההעמדה לדין ולמשפט הפלילי נגד הפוגעים בהם.

ברשימה זו אבקש להעיר על טענה זו שתי הערות, ובעקבותיהן להציע גישה המתבקשת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההערה הראשונה היא כי מן ההצדקות שהמחברות מביאות לטענתן מתחייב כי מן הדין להעניק לנפגעים זכות להיות צדדים מלאים להליך הפלילי כמובנו הרחב, ולא רק זכות ל"הליך הוגן" כמובן הצר יותר שהמחברות מציעות. ההערה השנייה היא כי ביסוד טענתן של המחברות שהמשפט הפלילי נועד לקדם לא רק מטרות הנוגעות באינטרס הציבורי, אלא גם מטרות הנוגעות בקידום אינטרסים של הנפגעים, מצויה הנחה כי המטרות האחרונות מחויבות על-ידי המשפט החוקתי. טענה זו מניחה את המבוקש, ובכללותה אין לה בסיס במשפט החוקתי הקיים, ואף לא הצדקה מספקת מן ההיבט של המשפט החוקתי הראוי.

אין משמעות הדבר שיש בהכרח פסול בחקיקה המתחשבת באינטרסים של נפגעי עברות. אינטרסים אלה הם בוודאי שיקולים ראויים, ובמקרים המתאימים הם עשויים אף להיחשב "תכלית ראויה" – כמובנה בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – לפגיעה בזכויות חוקתיות של נאשמים, ובלבד שהפגיעה תהיה מידתית. אולם בכך אין כדי להכניס את כלל האינטרסים של נפגעי עברות, כמו-גם את האינטרס הציבורי הרחב בקיומו של משפט פלילי, לגדר זכויות חוקתיות.

8 ראו ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

9 כגון תנועות ציבוריות. לפסק-דין הנוגע בנפגעי עברות בעתירות נגד הסדר הטיעון שהמדינה התקשרה בו בשעתו עם משה קצב – שהוגשו הן על-ידי נפגעות ספציפיות והן על-ידי תנועות ציבוריות (ביניהן התנועה למען איכות השלטון בישראל, שדולת הנשים בישראל, עמותת "קולך", איגוד מרכזי הסיוע, ויצי"ו ונעמת) – ראו בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008).

10 שאלה אחרת – הנפרדת משאלת המעמד לעתור נגד החלטות אלה ואחרות של התביעה – נוגעת בהיקף המגבלות החלות על שיקול-דעתה של התביעה ובתוכנן של אמות-המידה לביקורת שיפוטית על החלטות אלה. באשר לשאלה זו אין מבחינים בין עתירות של נפגעי עברות לבין עתירות של גורמים אחרים.

11 פרשת פלונית (א'), לעיל ה"ש 9, פס' 17.

עם זאת, אציע כי ככל שהליכים מסוימים המקוימים במסגרת המשפט הפלילי עשויים לפגוע באינטרסים מוגנים של נפגעי עברות, או לפחות בזכויות חוקתיות שלהם, יש בסיס – כעולה מן ההערה הראשונה – להכרה בזכות חוקתית שלהם להיות צדדים מלאים לאותם הליכים, ולא רק ל"הליך הוגן" במשמעות הצרה שהמחברות מציעות במאמרו.¹²

ברשימה זו לא אדון בתפיסה, שהתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון, שלפיה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קבועה – כחלק מהזכות לכבוד ובהקשרים מסוימים גם כחלק מהזכות לחירות אישית – זכות להליך הוגן, לפחות כמוכנו הגרעיני.¹² על פני הדברים אכן נראה כי כבוד האדם, גם במשמעות שאינה מרחיבה,¹³ נפגע בהעדר הליך הוגן שיאפשר לבני-אדם להגן על זכויותיהם ועל האינטרסים שלהם, ומכל מקום כאשר הגינותו של ההליך נפגעת באופן מהותי.¹⁴ מכל מקום, ככל שפעולה או מחל של רשות שלטונית פוגעים בזכות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (או בחוק-יסוד: חופש העיסוק), החובה של אותה רשות לקיים הליך הוגן בעת ההחלטה בעניין עשויה להיגזר מדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה.¹⁵

הערה ראשונה – מהותה של הזכות החוקתית של נפגעי עברה

3. המחברות אינן טוענות כי לנפגעי עברות נתונה זכות חוקתית על-חוקתית להיות צדדים מלאים להליך הפלילי או כי מן הראוי להעניק להם זכות כזאת. כך, למשל, הן אינן טוענות כי לנפגעים נתונה זכות להחליט על הגשת כתב אישום, להזמין עדים מטעמם, לחקור את העדים של הצדדים האחרים או לטעון לפני בית-המשפט, כחלק מהמשפט הפלילי עצמו, לפני הכרעת-הדין או גזר-הדין. לגישתן, "הזכות החוקתית להליך הוגן היא... בעיקרה, גם כאשר לנפגעים, הזכות ליידוע ולהשתתפות הוגנת בהליכים העלולים לפגוע בזכויותיהם, וזכות זו חשובה לביקורת שיפוטית ככל אחד מן השלבים".¹⁶

אולם תיחום זה של הזכות נובע ככל הנראה מאיזון סמוי שהמחברות עורכות בין זכות הנפגעים לבין אינטרסים אחרים, כגון זכויותיהם של החשודים והנאשמים ויעילות הדיון. זאת, מכיוון שכל חמש ההצדקות שהמחברות מציעות להכרה במעמדן החוקתי של זכויות

12 ראו, בין היתר, בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010).

13 למודלים שונים בדבר הפירוש של הזכות החוקתית לכבוד האדם בישראל ראו: Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, 44 Isr. L. Rev. 25, 44–51 (2011).

14 השוו לדבריו של השופט אדמונד לוי בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, ס' 9 (פורסם בנבו, 1.3.2011): "אין עוד חולק שלפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד-האדם".

15 המחברות מביעות אהדה לגישה שלפיה על המדינה מוטלת חובה – מכוו ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – להגן באמצעות המשפט הפלילי על בני-אדם מפני פגיעה על-ידי יחידים בזכויותיהם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד, אך הן אינן מבססות עליה את עיקר טענתן. לסוגיה זו ראו גם להלן ה"ש 29.

16 "הזכות החוקתית להליך הוגן", לעיל ה"ש 7, ליד ה"ש 207.

נפגעי עברה – הן ההצדקות העקרוניות והן אלה שאופיין מעשי – אינן מהוות בסיס אך ורק להכרה בזכויות פרוצדורליות מסוימות שלהם במסגרת הליך שהם אינם צד לו, אלא מנביעות לכאורה זכות חוקתית על-חוקית של הנפגעים להיות צדדים להליך הפלילי לכל דבר ועניין.

4. כך, לעניין ההצדקה העקרונית הראשונה – הפגיעה האפשרית בכבודם של נפגעי העברה במסגרת ההליך הפלילי: ככל שקיום הליך פלילי מהווה רכיב של הזכות החוקתית לכבוד האדם, אין בסיס לצמצום הזכות להיבטים של יידוע, השתתפות הוגנת בהליכים וביקורת שיפוטית, להבדיל ממעמד מלא של הנפגעים כצדדים להליך הפלילי. אכן, ייתכן כי איזון בין הזכות לכבוד לבין זכויות ואינטרסים נוגדים עשוי להצדיק פגיעה בה, אך קשה לראות כיצד ניתן להנביע מהזכות לכבוד אך ורק את הזכויות הפרוצדורליות שהמחברות דנות בהן. בהקשר של הזכות לכבוד האדם המחברות מציינות כי "משנטלה המדינה מונופול על ניהול ההליך הפלילי ובחרה למנוע מאזרחיה פנייה לאפיקים אחרים – לרבות סעד עצמי, הגנה עצמית וככלל ניהול הליכים פליליים עצמאיים – מונופול זה מחייב אותה אל מול הנפגעים... גם בנסיבות שמאפשרות לכאורה שימוש בדיני הנזיקין, למשל, הנפגע אינו רשאי לחקור בשעה שמתנהל הליך פלילי, שכן הדבר מתפרש כשיבוש הליכים או כהטרדת עדים".¹⁷ אך המונופול האמור של המדינה אינו נתון עובדתי המצמיח אך ורק זכויות ליידוע ולהצגת עמדה במסגרת הליכים פליליים הנשלטים על-ידי המדינה; הוא עצמו מהווה אגד של נורמות הפוגעות כשלעצמן באוטונומיה של הנפגעים. הוא הדין באשר לסכנה של "קורבנות משנית ופגיעה בנפגע על-ידי הרשויות עצמן... [אשר] נובעת מיחס לא-נאות של רשויות האכיפה כלפי הנפגע, לרבות אי-מסירת מידע ואי-היוועצות עימו".¹⁸ "הקורבנות המשנית" האמורה אינה ממצה את הפגיעה הפוטנציאלית בכבוד האדם של הנפגעים, במובן העולה מעמדתן של המחברות. כך, לדוגמה, קשה לקבל כי הזכות לכבוד האדם של הנפגעים מוגשמת במלואה רק מעצם שמיעת עמדתם בעניין הסדר טיעון שהתביעה מתכננת להתקשר בו מפאת הערכתה כי אין עניין ציבורי בניהול המשפט, וזאת ללא קשר לתוכנה של ההחלטה שהתביעה תקבל בעניין בסופו של דבר.

שאלה מעניינת נוגעת ביחס בין זכות הנפגעים לבין סמכויות התביעה לעניין אי-נקיטת הליכים פליליים או הפסקתם: האם הזכות לכבוד של נפגעי עברות כוללת זכות לכך שהפוגעים בהם לא יועמדו לדין ללא הסכמתם של הנפגעים, ומכל מקום שלא יוגש כתב אישום בניגוד לרצונם של הנפגעים? דומה שמן ההצדקה הנשענת על כבוד האדם משתמעת תשובה חיובית לשאלה זו. ככל שהצדקה זו תקפה לעניין אי-העמדה לדין, היא תקפה גם לעניין העמדה לדין.

5. ההצדקה העקרונית השנייה – הצורך להגן על זכויות הנפגעים כקבוצת מיעוט אשר נעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים – גם היא אינה מוגבלת ממהותה דווקא לזכות של נפגעי עברות להליך הוגן כפי שהמחברות מתחמות אותה. באותה מידה היא יפה לכל תיחום אחר של הזכות, לרבות זכות של נפגעים להיות צדדים מלאים להליך הפלילי. זאת, מכיוון

17 שם, ליד ה"ש 36 וליד ה"ש 45.

18 שם, ליד ה"ש 57 וליד ה"ש 60.

שהנפגעים, בהיותם קבוצת מיעוט, חשופים לא רק לכך שהחוק לא יאפשר להם הליך הוגן, לרבות ביקורת שיפוטית, במובן שבו המחברות מציעות אותו, אלא גם לכל פגיעה אחרת באינטרסים שלהם. הגנה מלאה על כל האינטרסים הללו תוכל להתממש רק אם יאופשר להם להיות צדדים מלאים להליכים הפליליים.

6. ההצדקה העקרונית השלישית שהמחברות מביאות להכרה במעמד החוקתי של זכות הנפגעים להליך הוגן – החשיבות הסמלית-החינוכית שבהעברת מסרים באמצעות זכויות חוקתיות – גם היא אינה מוגבלת לזכות להליך הוגן. אומנם, ספק אם הצדקה זו יכולה לבסס לבדה הענקת מעמד חוקתי על-חוקי לזכות או לאינטרס אלה ואחרים, שכן הערך הסמלי-החינוכי של ההכרה במעמד חוקתי של זכויות ואינטרסים הוא תוצאה של המוניטין של המשפט החוקתי כמעגן ערכים בעלי מידה גבוהה במיוחד של חשיבות, ולא המחולל של מוניטין אלה. אך ככל שהצדקה זו תופסת, היא חלה לא רק על הכרה בזכותם של נפגעי עברות להליך הוגן, אלא גם על הכרה בזכותם להיות צדדים מלאים להליכים פליליים. יתר על כן, לא מן הנמנע שתיחום זכויות הנפגעים להליך הוגן בלבד – בעוד לחשודים ולנאשמים, כמרגם למדינה, נתונה הזכות להיות צדדים מלאים למשפט – עשוי להתפרש כאילו זכויות הנפגעים הן זכויות מדרג ב. לכך עשויות להיות השלכות סמליות-חינוכיות הפוכות מאלה שהמחברות צופות.

7. לצד שלוש ההצדקות העקרוניות להכרה בזכות של נפגעי עברה להליך הוגן כזכות חוקתית, המחברות מציעות להכרה זו גם שתי הצדקות בעלות אופי מעשי. ההצדקה המעשית הראשונה שהמחברות מציעות להכרה בזכות של נפגעי עברות להליך הוגן כזכות חוקתית נעוצה בשיקול-הדעת הרחב של התביעה, אשר בפועל אינו כפוף כמעט לביקורת שיפוטית. גם הצדקה זו אינה תומכת אך ורק בהקניית מעמד חוקתי לזכות הנפגעים ל"הליך הוגן", אלא מתבקשת ממנה זכות של הנפגעים למעמד של צד מלא להליכים הפליליים. יידוע הנפגעים על מהלך ההליכים הפליליים, שמיעתם על-ידי התביעה ובית-המשפט וביקורת שיפוטית על החלטות המתקבלות בניגוד לעמדתם אינם מהווים לבדם מענה מוחלט לשיקול-הדעת של התביעה. שיקול-דעת זה אינו מוגבל לצמתים שהמחברות מציינות כדוגמה – ההחלטה אם להגיש כתב אישום וההחלטה בעניין התקשרות בהסדר טיעון – אלא נוגע גם בניסוחו של כתב האישום, בקביעתם של עדי התביעה, במהותן ובניסוחן של השאלות שיופנו כלפיהם וכלפי עדי ההגנה, בהתנגדויות לראיות ההגנה, בגזר-הדין שיתבקש ועוד. הוא הדין בשיקול-הדעת בשלבים הקודמים לבירור המשפט, כגון בעת ההתלבטות אם לבקש מבית-המשפט לעצור את החשודים או הנאשמים ולאיוז תקופה. על רבות מהחלטות אלה, שכל אחת מהן עשויה להיות קריטית לתוצאת המשפט, אין ביקורת שיפוטית אפקטיבית, ומשיקולים מעשיים היא גם לא תיתכן. מכאן שמההצדקה הנוגעת בשיקול-הדעת הרחב של התביעה עולה כי לנפגעי עברות יש להעניק זכות להיות צדדים עצמאיים להליך הפלילי: רק כך יהיה בכוחם להבטיח כי עמדתם תובא במלואה לפני בית-המשפט, וכי המשפט וההליכים הנלווים אליו לא יוכרעו באופן הפוגע בהם מבלי שתהיה להם הזדמנות למנוע זאת.

ושוב: ההצדקה הנאחזת בהיקף הרחב של שיקול-הדעת של התביעה, כמו ההצדקות האחרות שהמחברות מביאות, אינה הצדקה לכך שבמאזן כולל תינתן לנפגעים האפשרות להיות צדדים מלאים בהליכים פליליים; עניינה הוא בהיקף זכותם החוקתית, הניתנת לפגיעה כאשר מתקיימים התנאים הקבועים לכך בפסקת ההגבלה. אכן, לא מן הנמנע שפגיעות אלה ואחרות בזכותם של הנפגעים להיות צדדים מלאים להליכים הפליליים יקיימו את הדרישות שבפסקת ההגבלה – בין היתר שתכליתן של הפגיעות תהיה ראויה והן יהיו במידה שאינה עולה על הנדרש. זאת, כשם שהדבר ייתכן גם כאשר לפגיעה בזכות הנפגעים להליך הוגן שהמחברות מציעות. לדוגמה, פגיעה בזכויות הנפגעים עשויה לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה במצבים של סד-זמנים קריטי, כגון כאשר נדרשות החלטות מהירות בדבר שחרור עבריינים במסגרת הסדר להחזרת שבויים או חטופים ישראלים.¹⁹ אך עניין אחד הוא תחום ההתפרשות של זכות חוקתית, ועניין אחר הוא היקף הפגיעה המותרת בה.

8. ההצדקה המעשית השנייה שהמחברות מביאות לצורך להקנות מעמד חוקתי לזכות של נפגעי עבירות להליך הוגן נעוצה בצורך להבטיח אכיפה של הזכות, אשר לטענתן אינה נאכפת כיום די הצורך בשל היותה – לפי התפיסה המקובלת – מעוגנת בחוק, ולא בחוק-יסוד. להצדקה זו אין כוח משכנע רב, שכן זכויות הקבועות בחוק-יסוד אינן מחייבות כאמור יותר מאשר זכויות הקבועות בחוקים,²⁰ ואף אכיפותן אינה רבה יותר.²¹ מכל מקום, ככל שהצדקה זו תופסת, היא יפה באותה מידה גם להקניית זכות לנפגעי עבירות להיות צדדים מלאים בהליכים פליליים.

9. שאלה מרכזית נוספת, שהמחברות לא עסקו בה אך לדעתי היא קריטית, נוגעת באיזון בין זכויות הנאשמים לבין זכויות הנפגעים וגם באיזון בין האינטרס הציבורי לבין זכויות הנפגעים. יש קושי רב בפגיעה מהותית בזכויות נאשמים, כמו-גם בפגיעה באינטרס הציבורי, כדי להגן על נפגעי עבירות. אך אם כך הדבר, האם זכויות חוקתיות של נפגעים הן זכויות מדרג ב? במה מתבטאת החוקתיות שלהן? הלא המשמעות של זכות חוקתית אמורה להתבטא בנכונות לשלם מחיר משמעותי – בוודאי חברתי, ולפעמים גם פרטי – על ההגנה עליה.²²

19 השוו בג"ץ 7523/11 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה, במיוחד פס' 14-15 לפסק-דינה של הנשיאה דורית ביניש (פורסם בנבו, 17.10.2011).

20 ראו לעיל בסעיף 1.

21 ייתכן אפילו שההפך נכון: הסעדים על הפרת חוקי-יסוד מצויים עדיין בשלבי התפתחות, ולעת הזאת טרם התגבשה בישראל תורה מלאה של סעדים חוקתיים. לסוגיית הסעדים החוקתיים במשפט הישראלי ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 701-792 (1994); עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433 (2007).

22 ראו, למשל, את פסק-דינה של השופטת דורנר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת).

הערה שנייה – מטרת המשפט הפלילי בעין המשפט החוקתי

10. כאמור, במאמרו המחברות טוענות כי מן הדין להעניק לנפגעי עברות זכות חוקתית על-חוקית להליך הוגן. בהערת הראשונה הצבעתי על כך שמן ההצדקות העקרוניות והמעשיות שהמחברות מביאות לטענתן עולה כי מן הדין להעניק לנפגעים זכות להיות צדדים מלאים להליכים הפליליים. אך בין כך ובין כך, ביסוד הטענה עומדת הנחה בדבר קיומם של דיני עונשין (וסדרי דין פלילי) בשיטת המשפט, שכן בשיטה היפותטית שבה אין משפט פלילי ואין עברות פליליות ממילא אין משמעות להקניית זכויות חוקתיות הנוגעות במשפט הפלילי – בין לחשודים או לנאשמים ובין לנפגעי עברות. והעיקר: המחברות אינן מסתפקות בטענה שמטרת המשפט הפלילי, או לפחות אחת ממטרותיו, היא לקדם אינטרסים של נפגעי עברות, אלא מניחות כי מטרה זו היא חיוב חוקתי על-חוקי, כך שהגשמתה אינה נתונה לשיקול-דעתה של הרשות המחוקקת. שכן אם מטרתו המרכזית של המשפט הפלילי, כמקובל בתפיסה המסורתית, היא לקדם אינטרסים ציבוריים,²³ קשה להצדיק הענקה לנפגעי עברות של זכות חוקתית להליך הוגן השונה במהותה מהזכויות הנתונות לגורמים אחרים שיש להם זיקה להליך הפלילי, כגון עדים או מתלוננים שאינם נפגעים. אכן, כפי שהמחברות מציינות, לנפגעי עברות יש זיקה ישירה יותר לעברה מזאת של עדים או מתלוננים שאינם נפגעים.²⁴ ייתכן שבכך יש כדי לבסס במקרים המתאימים החלה שונה של מבחני פסקת ההגבלה באשר לפגיעה בזכותם של נפגעים להליך הוגן לעומת החלטה באשר לפגיעה בזכותם של אחרים. אולם הבדלי המידה בזיקה לעברה אינם מהווים תשתית מוצקה להגדרות שונות של הזכויות עצמן.

רק אם המשפט הפלילי ייקבע על-ידי המשפט החוקתי כמסגרת מחייבת לכינון ולמימוש של זכויות נפגעים, מן הדין להעניק לנפגעי עברות זכות להליך הוגן. במקרה כזה, כמובהר בהערה הראשונה, זכות זו צריכה להתבטא בזכות להיות צד מלא להליך הפלילי לכל אורכו, לרבות זכות ליזום אותו.

11. אולם ההכרעה מהי מטרת המשפט הפלילי, בדומה להכרעה מהי המטרה של כל ענף משפטי אחר, אינה שאלה חוקתית, אף שהיא בוודאי שאלה חשובה מאוד. ספק רב אם המשפט החוקתי מחייב קיום של משפט פלילי בכלל.²⁵ בוודאי אין הוא מכריע מה תהיה מטרתו של ענף משפטי מסוים זה או אחר, ועל אילו אינטרסים הוא ייועד להגן.

23 ראו ש"ז פלר עקרונות בדיני עונשין כרך א 1 (1984): "דיני העונשין בכלל ודיני העונשין של כל מדינה בפרט משקפים את צרכי החברה המאורגנת להגן על הערכים החיוניים לתיפקודה התקין ולהתפתחותה הרצויה, בהתאם לתפיסות החיים על-פיהן היא מונהגת בתקופה נתונה".

24 "הזכות החוקתית להליך הוגן", לעיל ה"ש 7, ה"ש 70.

25 אין מניעה מכך שבחוקה ייקבעו עברות פליליות, ובעולם אף יש לכך תקדימים יחידים. ראו גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א 258–261 (2009). עם זאת, ספק רב אם בעצם הקביעה בחוקה של עברות יש לראות משום הטלת חוב לקיים במדינה דיני עונשין. זאת, כשם שמהקביעה בס' 5 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", לא נלמדת חובה לקבוע סנקציות של מאסר, מעצר או הסגרה.

המתכונת הקיימת של המשפט הפלילי – כפי שהיא מעוגנת בחוקים, ולא בחוקי־יסוד – תואמת במהותה את התפיסה המסורתית. כך, ככלל, המשטרה מוסמכת לחקור חשד לביצוע עבירה גם אם לא הוגשה תלונה;²⁶ רק המדינה, באמצעות התביעה, מוסמכת להחליט אם להגיש כתב אישום ובאילו עבירות;²⁷ והעיקר: הסטיגמה הטבועה בהרשעה פלילית, כמו־גם חומרת העונשים ושיקולי הענישה,²⁸ נובעים במהותם מהנחת הפגיעה באינטרס ציבורי. על רקע זה אין בסיס להניח כי תכלית החוקה – ובישראל תכליתו של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא להעניק לנפגעי עבירות זכות על-חוקית להגנה על האינטרסים שלהם דווקא באמצעות המשפט הפלילי. גם אם לנפגעים יש זכויות חוקתיות להליך הוגן או זכויות חוקתיות אחרות, זכויות אלה אינן כוללות מתן הגנה באמצעות המשפט הפלילי, להבדיל מאמצעים משפטיים אחרים. זאת, גם בהנחה שלנפגעים יש זכות חוקתית להגנה עליהם מפני אנשים פרטיים הפוגעים בהם.²⁹

26 ראו חוק סדר הדין הפלילי, ס' 59: "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה".

27 ראו שם, ס' 62.

28 ראו את שיקולי הענישה הקבועים בסימן א1 בפרק ו לחוק העונשין, כפי שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012: הלימה, שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה אישית, הרתעת הרבים, נסיבות הקשורות לביצוע העבירה (ביניהן התכנון שקדם לביצועה, החלק היחסי של כל אחד מהנאשמים, הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה והנזק שנגרם בפועל, הסיבות לביצוע העבירה, יכולתם של הנאשמים להבין את מעשיהם ולהימנע מהם, והקרבה לסייג לאחריות פלילית) ונסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה (ביניהן פגיעת העונש בנאשמים ובמשפחותיהם, נטילת האחריות של הנאשמים, חזרתם למוטב, מאמציהם לתיקון תוצאותיה של העבירה, שיתוף־הפעולה שלהם עם רשויות האכיפה, התנהגותם החיובית ותרומתם לחברה, נסיבות חייהם הקשות, התנהגותן של רשויות האכיפה, חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה והעבר הפלילי של הנאשמים או העדרו). החוק אינו מציין את עמדת הנפגעים – בין שאלה מבקשים להחמיר בעונש ובין שהם תומכים בהקלה – כשיקול בענישה, אף שהנזקים שנגרמו להם בפועל או שהיו עשויים להיגרם להם הם בוודאי שיקולים רלוונטיים, והסיכוי שהנאשמים ישוּבו ויפגעו בהם בתום נשיאתם בעונש נכנס לגדר האפשרות המוגבלת להתחשב בשיקולים של הגנה על שלום הציבור (ראו ס' 40 לחוק העונשין). חומרת הפגיעה בנפגעים מצוינת במפורש במסגרת שיקולי הענישה רק לעניין "האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו" (ס' 40ט(א)(10)) ולעניין "הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה" (ס' 40ט(א)(11)). שיקולים להקלה בעונש הקשורים לנפגעים הם "התגרות של נפגע העבירה", שהשפיעה על "יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומירת השליטה שלו על מעשהו" (ס' 40ט(א)(7)), ו"מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה" (ס' 40ט(א)(8)).

29 ראו אורן גול־אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 116-136 (2011). לשלילת החובה של המדינה להגן על אדם מפני פגיעה על-ידי פרטים אחרים מכוח הזכות החוקתית לחירות אישית ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 520-521 (2010). אך השוו לעמדתו של הנשיא אהרן ברק בדנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 22, בעמ' 651-652, השונה לכאורה ברוחה מדבריו בספר, אם כי היא מתייחסת כנראה לזכות להגנה על החיים, הגוף והכבוד לפי ס' 4 לחוקי־יסוד: כבוד האדם

12. בהקשר זה כתב דן ביין:

"ייתכן לטעון ש'פסקת הכיבוד' [סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נקבע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"] תטיל במקרים מסוימים חובת 'עשה'. על המחוקק ליצור עבירות חדשות אם אין דרך אחרת להביא להגנה על זכויות יסוד מסוימות. נניח שמתגלה ריבוי תופעות של אלימות במשפחה ופגיעה בחסרי ישע; נניח שאמצעים אחרים כגון, התערבות רשויות הרווחה, אין בהם כדי למונען... יש מקום להשקפה שבמקרה כזה יהיה המחוקק חייב ליצור עבירות מיוחדות לטיפול בנושא זה בדרך של חקיקה."³⁰

אולם גם בהנחה שעל הכנסת מוטלת חובה פוזיטיבית לחוקק חוקים לצורך הגנה על זכויות-יסוד מסוימות, ושבחקיקה הקיימת (להבריל מיישומה בפועל) אין כדי לספק הגנה מספקת לאותן זכויות, ואף בהנחה שדיוננו מוגבל לאותן זכויות שלגביהן חובה זו חלה, אין בסיס להטיל על הכנסת חובה להשתמש לצורך כך דווקא במשפט הפלילי, ככל שזה נועד לקדם אינטרסים ציבוריים, ולא זכויות פרטיות. אכן, כדבריו של אהרן ברק:

"עשויות להיות מוטלות חובות על הרשות המבצעת להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם. חובות אלה עשויות להיות מוטלות גם על הרשות המחוקקת. הכנסת עשויה להדרש, אפוא, לנקוט בפעולת חקיקה הדרושה כדי להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם מפני פגיעה בהם על-ידי הזולת. כמוכן, חופש העיצוב של ההסדר החקיקתי נתון למחוקק. עם זאת, חופש זה אינו מוחלט. המחוקק חייב לנקוט באותה אופציה חקיקתית, אשר יותר מכל אופציה אחרת, מגינה על החיים, הגוף או הכבוד."³¹

וחירותו, ולא לזכות לחירות אישית לפי ס' 5 לחוק-היסוד. עם זאת, בדבריו בפסק-הדין לא כתב הנשיא ברק במפורש כי על המדינה חלה חובה חוקתית להגן על נפגעי עברות באמצעות המשפט הפלילי דווקא. המחברות מסתמכות בעיקר על עמדתו של הנשיא לשעבר מאיר שמגר באותו פסק-דין, כי "קורבן העבירה כפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים [להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אישה שלא לשוב ולהיות מושא למכות ולהשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה לחירותו. זכותה של צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר. אין באמור כאן כדי להפחית שהוא זה מן החובה להקפיד באופן דווקני על כך שזכויות הנאשם בשלב הטרם-שיפוטי יוגנו ויובטחו, אולם אין בהקפדה זו בלבד כדי למצות את החובות הקמות ועולות מתוך חוק היסוד" (שם, בעמ' 621). אולם דברים אלה של הנשיא שמגר, על-פי לשונם, נוגעים בהפעלתה של סמכות המעצר, אשר גם על-פי חוק ניתן להפעילה כאשר "קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה" (ס' 21(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996). מדבריו של הנשיא שמגר לא עולה משנה סדורה רחבה בדבר הזכות של כל אחד מבני הציבור להגנה על זכויותיו דווקא באמצעות המשפט הפלילי. להכרה במעמדם של נפגעי עברה בהליכי מעצר ראו להלן סעיף 18.

30 דן ביין "חוקי-היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251, 255 (1996).

31 ברק לעיל ה"ש 21, בעמ' 365-366 (ההדגשה הוספה).

אין בסיס חוקתי להטיל על הרשות המחוקקת חובה להגן על זכויות האדם מפני פגיעה על-ידי פרטים (ככל שחובה כזאת קיימת) דווקא באמצעות המשפט הפלילי. כאמור, המשפט הפלילי המהותי מעוצב מעיקרו להגנה על האינטרס הציבורי, אף אם זה נפגע לעיתים על-ידי פגיעה בפרטים. ככל שאמצעים שלטוניים שנועדו לכך (כגון אלה שצוינו על-ידי ביין³²) או המשפט האזרחי – ובמיוחד דיני הנזיקין ודיני הקניין, שתכליתם היא להגן על זכויות מפני פגיעה על-ידי פרטים – מעוצבים באופן שאינו נותן מענה מספק לכך, עשויה להתבקש הטלת חובה לשנותם, ובמקרה הצורך להוסיף אמצעים חדשים, לבר-פליליים, להגשמת המטרה. כך, לדוגמה, ככל שאין בכוחם של נפגעים לממש את זכויותיהם במשפט האזרחי, יש לבחון שדרוג של מערך הסיוע המשפטי בעניינים אזרחיים.³³ הגנה שלטונית לבר-פלילית מפני סוגים מסוימים של פגיעה בזכויות על-ידי פרטים ניתנת כבר כיום, בין היתר, מכוח חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001, מכוח חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ומכוח חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.³⁴

13. אחד הטיעונים במאמר בזכות הכרה במעמד החוקתי של זכויות נפגעי עברה הוא כי "עצם הפגיעה הפלילית מעידה על כישלון של המדינה בהבטחת הגנה לאזרחיה, שהרי היא נטלה על עצמה את תפקיד השיטור. תפיסה מתפתחת זו רואה בקורבן העברה אדם שהמדינה לא הצליחה למלא את חובתה כלפיו להגן עליו מפני פגיעה ולשמור על בטחונו האישי".³⁵ אולם גם בהנחה, הנראית לי מסופקת, כי "עצם הפגיעה הפלילית מעידה על כישלון של המדינה בהבטחת הגנה לאזרחיה", לא ברור כיצד הקניית זכות להליך הוגן לנפגעי עברות – בין במשמעות הצרה שהמחברות תומכות בה ובין במשמעות רחבה של מתן מעמד מלא של צד להליך הפלילי – יהיה בה כדי לתת מענה לכישלון זה.

יתר על כן, חובתה החוקתית של המדינה להגן על זכויות האדם גם מפני פגיעה על-ידי יחידים, ככל שחובה כזאת קיימת, אינה משמיעה כאמור חובה להגן על הזכויות דווקא באמצעות המשפט הפלילי. מכאן שכישלון של המדינה בקיום חובתה להגן על זכויות האדם אינו מתבטא בכך שהיא לא השתמשה למטרה זו בדיני העונשין.

14. המחברות מוסיפות ומציינות כי במשפט הבינ-לאומי חלו התפתחויות שבעקבותיהן יש מקרים שבהם מדינות מחויבות להטיל אחריות פלילית על סוגי התנהגות שונים הפוגעים בזכויות אדם.³⁶ אולם ההתפתחויות האמורות הן התפתחויות במשפט הבינ-לאומי, הן אינן עקביות, והן נוגעות במקרים שבהם נטען כי מדינות התנכרו כליל לחובתן להגן על חייהם, שלמות גופם וכבודם של בני-אדם המצויים בשטחן או בשליטתן, ונמנעו מנקיטת אמצעים מספקים – בין פליליים ובין לבר-פליליים. אין בהתפתחויות אלה כדי לכסס די הצורך

32 ביין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 255.

33 לדין הקיים ראו חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, והתקנות והצווים שנקבעו מכוחו.

34 ראו במיוחד ס' 29 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

35 "הזכות החוקתית להליך הוגן", לעיל ה"ש 7, ליד ה"ש 35.

36 שם, ליד ה"ש 185-186.

הטלת חיוב על-ידי המשפט החוקתי להגן על זכויות אלה באמצעות המשפט הפלילי בכלל, ובאמצעות הקנייה לנפגעים של זכות חוקתית להליך הוגן במסגרת הפלילית בפרט.

15. את ההקנייה של מעמד חוקתי לזכויות נפגעי עברה – שיתבטא בהכרה בזכותם להליך הוגן – המחברות מבקשות להצדיק ב"קורבנות המשנית" שנגרמת להם כתוצאה מההליכים הפליליים ומהמונופול של המדינה על ייזומם ועל ניהולם. קורבנות משנית זו מתבטאת בפגיעות נוספות העולות להיגרם לנפגעי עברות קונקרטיים, לאחר שכבר נפגעו מביצוען של העברות עצמן. המחברות מדגימות קורבנות משנית זו במילים אלה:

"כאשר המדינה מחליטה לסגור תיק שבמוקדו אישום בגין ביצוע עברה בנפגע או כאשר היא מגיעה להסדר טיעון שבמסגרתו הפרשייה הקשורה לנפגע נמחקת מכתב האישום המתוקן, הפגיעה בנפגע הינה ישירה ואישית... כך גם כאשר מתבקשת בבית המשפט חשיפת חומרים פרטיים אישיים של הנפגע או כאשר הפוגע משתחרר ממאסר והנפגע חרד מכך. זיקתו זו של הנפגע לתוכנו של ההליך הפלילי והקשר האישי של הנפגע עם הרשויות הם שמטילים על המדינה חובה מיוחדת כלפיו."³⁷

טיעון זה הוא בעל עוצמה רבה. אכן, ממהותה של הזכות להליך הוגן שהיא חלה במצבים שבהם בני-אדם עלולים להיפגע על-ידי השלטון. אף אם בנסיבות העניין הפגיעה העיקרית בלתי-נמנעת, או לפחות מוצדקת, מכבוד האדם מתבקש שהשלטון לא יפגע בזכויות של יחידים – ואף לא באינטרסים מוגנים שלהם שאינם מגיעים לדרגת זכות כמוכנה המלא – אלא בהליך הוגן. המחברות עומדות על כך שטיעון זה חל אף אם תידחה הגישה, המיוחסת לנשיא מאיר שמגר, כי על המדינה מוטלת חובה חוקתית פוזיטיבית להגן באמצעות המשפט הפלילי על זכויותיהם של בני הציבור הרחב – לרבות נפגעים פוטנציאליים ממעשי עברה – לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד.³⁸

16. עם זאת, המחברות כורכות יחדיו היבטים שונים, שרק מיעוטם מגלים זכויות או אינטרסים מוגנים של נפגעי עברות בהקשר של המשפט הפלילי. מכיוון שהלכה למעשה המשפט הפלילי נועד כאמור³⁹ לשרת את האינטרס הציבורי, כפי שעולה ממכלול ההסדרים הקבועים בחקיקה "רגילה", עניינם של הנפגעים בהרשעה (או בזיכוי), בהחמרה בעונש (או בהקלה בו) או בהימנעות מהסדר טיעון (או בהתקשרות בו) אינו יכול להצמיח להם זכות חוקתית על-חוקתית ל"הליך הוגן" – גם לא במוכן הצר שהמחברות מציעות. זכות להליך הוגן, כזכות חוקתית עצמאית, אינה יכולה אפוא להיות נתונה לנפגעי עברה יותר מכפי שהיא נתונה לכל גורם אחר, ציבורי או פרטי, שתוצאות ההליכים הפליליים או מהלכם חשובים לו או עשויים להשפיע עליו אך אין לו זכות או אינטרס מוגנים בקשר אליהם. קורבנות משנית – פגיעה עקב התקיימות הליכים פליליים – אינה ייחודית לנפגעי עברות. כך, גם עדים שאינם נפגעים עשויים להיות מושפעים מהליכים פליליים, וכך גם בני הציבור העשויים

37 שם, הטקסט שלפני ה"ש 56.

38 שם, ליד ה"ש 53.

39 ראו לעיל בסעיף 10.

להיות מושפעים מהתקדימים המשפטיים שייקבעו בהליכים. אך בכך אין כדי להקנות לכל בני-האדם שיש להם עניין בהליכים פליליים, לרבות לנפגעי עברות, זכות חוקתית להליך הוגן במשפט הפלילי.

אולם הדין עשוי להיות שונה באותם הקשרים ספציפיים הנוגעים בהליך הפלילי שבהם הוא אכן נועד, כפי שעולה מהחוק, להגן על זכויות או על אינטרסים של נפגעי עברה. לכך אפנה לסיום.

סיום – פירוש מוצע

17. מהערת הראשונה למאמר עלה כי ההצדקות שהובאו בו להכרה בזכות חוקתית של נפגעי עברות להליך הוגן אינן חלות רק על המובן הצר שהמחברות מציעות – זכות ליידוע ולהשתתפות הוגנת בהליכים (שאינה מגיעה לכדי מעמד של צד להם), תוך אפשרות לביקורת שיפוטית על החלטות שלנפגעים יש זכות להישמע בקשר אליהן – אלא מגביעות זכות להשתתפות מלאה בהליכים הפליליים במעמד של צד לכל דבר ועניין.

מהערת השנייה למאמר עלה כי אין די ביסוס להנחות המשתמעות ממנו כי המשפט הפלילי בכללותו נועד – במקביל לתפקידו המסורתי לשרת את האינטרס הציבורי הרחב – גם להגנה על הזכויות והאינטרסים של נפגעי העברות המסוימים, וכי תפקידי המשפט הפלילי, ובכלל זה ההגנה על הנפגעים, מוסדרים ברמה חוקתית על-חוקתית.

18. עם זאת, היבטים מסוימים של ההליך הפלילי אכן נועדו באופן מובהק – כעולה מפרטי הדינים (התת-חוקתיים) המסדירים אותם – להגן על זכויות או לפחות על אינטרסים של נפגעי עברות. הסדרים אלה אינם רבים, שכן הם חורגים מהמטרות המובהקות של המשפט הפלילי, אך הם קיימים.

דוגמה אחת להסדר כזה – שנועד בעליל לטובת הנפגעים, ולא דווקא לטובת הציבור בכללותו – היא הסמכות שיש לבית-משפט הדין במשפט פלילי להטיל על נאשמים שהרשיע חיוב בתשלום פיצויים לנפגעים.⁴⁰ דוגמה שנייה היא עילת המעצר של "סיכון בטחוננו של אדם",⁴¹ אשר נראה כי חורגת מהרצון למנוע סיכון של הציבור בכללותו, ומתמקדת בהגנה על בני-אדם מסוימים. דוגמה שלישית היא הסמכויות של בית-המשפט מכוח חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004, "להטיל על עבריין מין... מגבלות על מגורים או על עבודה בקרבת מקום המגורים או מקום העבודה של נפגע העבירה... אם שוכנע... כי יש צורך בהטלת מגבלות משום שלנפגע העבירה עלול להיגרם נזק נפשי של ממש אם עבריין המין יתגורר או יעבוד בקרבת מקום מגוריו או מקום עבודתו",⁴²

40 ראו לעיל ה"ש 3.

41 ראו לעיל בה"ש 29.

42 ראו ס' 3(א) לחוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004. בס' 3(ב)1 לחוק נקבע כי דיון בבקשות מכוחו יוכל להתקיים הן ביוזמת הנפגעים והן ביוזמת המדינה, "אולם בית המשפט רשאי שלא לקיים דיון אף אם התבקש לעשות כן לפי סעיף קטן זה, אם נפגע העבירה או אדם מטעמו ביקש שלא לקיימו". לשאלת הזכות של נפגעי עברות לאי-נקיטת הליכים נגד הפוגעים בהם ראו לעיל בסעיף 4.

וכן סמכויותיו מכוח חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-1996, להטיל על עבריו מין "מגבלה על פגישה עם נפגע העבירה או הימצאות בקרבת מקום מגוריו".⁴³ מן הדין – הן הדין המצוי והן הדין הראוי – להעניק לנפגעי עבירות זכות חוקתית (שיסודה, כאמור, בזכות לכבוד האדם) להליך הוגן בכל הנוגע בהיבטים אלה. כבוד האדם של נפגעי עברה ייפגע אם ידונו "מעל לראשם" בהפעלת סמכויות שנועדו להגנתם. בהקשר זה הזכות החוקתית להליך הוגן אינה יכולה להתמצות ביידוע הנפגעים על ההליך, אף לא בשמיעת עמדתם על-ידי התביעה, ואפילו לא בהבאתה לידיעתו ואף לביקורתו של בית-המשפט. הליך הוגן בהקשר של הכרעה אם להפעיל סמכות שנועדה להגנתם של בני-אדם כרוך ממהותו בשיתופם בהליך במעמד מלא, לרבות היכולת ליזום את ההליך, להביא בו ראיות וטענות ולערער על תוצאותיו. כבוד האדם נפגע כאשר מוענקת לתביעה, גם לאחר שמיעת עמדתם של הנפגעים, סמכות ייחודית להכריע אם להביא את עניינם לפני בית-המשפט ובאיזו מידה לתת לו ביטוי בבקשותיה, בטיעוניה ובמכלול התנהלותה. בעצם העובדה שלזכויות ולאינטרסים המוגנים של נפגעי עבירות הנידונים במסגרת הליכים פליליים אין בהכרח מימד חוקתי, ושייתכן כי לעיתים ניתן אף להטיל ספק ברציות הענקתם, אם לא בחוקתיותה,⁴⁴ אין כדי לגרוע מזכותם – החוקתית – של הנפגעים לכך שהליך הדיון יהיה הוגן. הליך הוגן בהקשר זה, המתיישב עם הזכות לכבוד האדם, כרוך בכך שלנפגעים יינתן מעמד של צדדים מלאים לו, לרבות כוח ליזום אותו. בנסיבות מסוימות כוח זה צריך להתבטא גם במתן "זכות סירוב" לנפגעים, באופן שיאפשר להם למנוע את התביעה מלנקוט הליכים או מלטעון טענות שנועדו אך ורק לקדם זכויות או אינטרסים שלהם (כגון בקשה לפסוק פיצויים לטובתם).⁴⁵

19. מכך שלנפגעי עבירות עומדת זכות חוקתית להליך הוגן בהיבטים מסוימים של המשפט הפלילי, שמשמעותה היא הכרה בהם כצדדים מלאים להליכים, לא עולה כי הזכות היא מוחלטת. ניתן לפגוע בזכות זו, כמו בכל זכות חוקתית במשפט הישראלי, אם מתקיימים התנאים לפגיעה בזכויות הקבועים בפסקת ההגבלה. אולם יש לבחון בקפידה אם בכל המקרים שבהם לפי הדין התת-חוקתי הקיים אין לנפגעים מעמד של צד מלא להליך⁴⁶ אף שהדיון בו סב על זכויות ואינטרסים מוגנים שלהם, ולא

43 ראו ס' 13(ב)(9) לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-1996. לטענה כי החוק נועד להגן על נפגעים מסוימים, ולא רק על הציבור, ראו דנה פוג'ן "ביום שאחרי" – גישות חדשות במערכת המשפט לניהול סיכון של פגיעה מינית – מענישה בלבד לפיקוח ומניעה" הפרקליט נא 139, 186 (2011). לתמיכה בכך שנפגעים יוכלו לבקש להיות צדדים מלאים להליכים מכוח החוק, ואף ליזום אותם, ראו שם, בעמ' 188-189.

44 ראו, למשל, את הטיעונים כבדי-המשקל שהציגה רינת קיטאי סנג'רו נגד עצם ההתחשבות בחשש לביצוע עבירות בעתיד כעילת מעצר: רינת קיטאי סנג'רו "האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור? על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור" עלי משפט ד 325 (2005).

45 ראו גם לעיל בסעיף 4.

46 דוגמה למתן מעמד של צדדים מכוח חוק לנפגעי עברה היא קביעתו של חוק העונשין כי הם יהיו משיבים בערעורים על חיוב הנאשם במסגרת משפט פלילי בתשלום פיצויים להם. ראו

כל שכן במקרים שבהם אין להם שום מעמד בהליך, אכן מתקיימות במלואן דרישותיה של פסקת ההגבלה. כך, לדוגמה, אלמלא "שמירת הדינים" – החלה מכוח סעיף 10 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דינים שהיו בתוקף לפני חקיקתו – היה אפשר להטיל ספק בחוקתיותו של ההסדר הקיים, שאינו מאפשר לנפגעי עברה (אלא למדינה בלבד, באמצעות התביעה) לבקש מבית-המשפט במסגרת משפט פלילי להטיל על נאשמים שהורשעו לשלם להם פיצויים, ואף אינו מאפשר לנפגעים (אלא לנאשמים בלבד) לערער על פסיקתה של הערכאה הדיונית בעניין זה.

20. המסקנה המתבקשת היא אפוא זאת: לנפגעי עברות, ככאלה, אין זכויות חוקתיות, אף שלעיתים מן הראוי להעניק להם זכויות בחוק, וזאת בצמתים שונים של המשפט וההליך הפליליים. עם זאת, לנפגעי עברות, כמו לכל אדם, נתונה זכות חוקתית להיות צדדים מלאים להליכים הנוגעים באותם הסדרים משפטיים מיוחדים שנועדו, ברמה התת-חוקתית, לקידום זכויותיהם והאינטרסים שלהם. בזכות זו ניתן לפגוע רק כאשר מתקיימים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. הן הצמצום והן ההרחבה – ביחס לעמדה המוצעת במאמרו החשוב והחדשני של הרר דנציג-רוזנברג ודנה פוגין⁴⁷ – נובעים מהתפיסה כי לזכויות יש להתייחס ברצינות.

לעיל בה"ש 3. כן ראו לעיל בסעיף 18 בהקשר של הליכים מכוח חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה ומכוח חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין. דוגמה נוספת – שאינה נוגעת בענייננו באופן ישיר – היא האפשרות הנתונה לנפגעים של עברות מסוימות להגיש בעצמם כתב אישום במסגרת "קובלנה". ראו חוק סדר הדין הפלילי, ס' 68–73 והתוספת השנייה לחוק.

47 RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977)