

“הדור הבא” של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן

מאת

הדר דנציג־רוזנברג, * דנה פוגץ**

תקציר

חוק זכויות נפגעי עברה מקנה אומנם לנפגעי עברה זכויות פרוצדורליות ואחרות, אך אלה אינן נאכפות דיין והיקפן מצומצם וחסר. הואיל ועיגונן של זכויות נפגעי עברה בחקיקה אינו שולל את תחולתן של זכויות האדם העומדות לנפגעי העברה, החקיקה הקיימת קובעת רק את רף המינימום של הזכויות המגיעות כיום לנפגעים. המאמר מציע להכיר בזכותם של נפגעי עברה להליך הוגן כזכות בעלת מעמד חוקתי הנגזרת מזכותו החוקתית של הנפגע לכבוד. הכרה במעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן לנפגעי עברה תבטיח כי זכויות נפגעים לא יוכלו להירמס בלא בקרה ובלא יכולת להשיג על פגיעה בהן. המאמר מציג שלוש הצדקות עקרוניות ושתי הצדקות בעלות אופי מעשי לעיגונן של זכויות נפגעי עברה כזכויות חוקתיות דווקא. שלוש ההצדקות העקרוניות הן חובת המדינה כלפי נפגעי עברה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי; הצורך להגן על זכויותיהם של נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים; והחשיבות הסמלית הגלומה בהעברת מסרים באמצעות זכויות חוקתיות. שתי הצדקות נוספות, בעלות אופי מעשי, הן שיקול־דעתה הרחב של התביעה בהליך הפלילי, בהעדר ביקורת שיפוטית; והצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעים במציאות שבה זכויות אלה לוקות בתת־אכיפה. המאמר מנהיר מדוע ראוי לאגד את הזכויות החוקתיות הפרוצדורליות המגיעות לנפגעים תחת הזכות החוקתית להליך הוגן, ומכשיר את הקרקע לכתיבה עתידית על־אודות היקף הזכות ומשמעותה הקונקרטיית בהקשרים שונים הנוגעים בנפגעי עברה.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן.

** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. מייסדת ויושבת־ראש משותפת של “נגה – המרכז הישראלי לזכויות נפגעי פשיעה” מיסודה של הקריה האקדמית אונו. תודה לאורי אהרונוסון, לאריאל בנדור, לתמר הוסטובסקי־ברנדס, לאריאל צמה, ל־Douglas Beloof, ל־Meg Garvin, למשתתפי הכנס הבין־לאומי “Victims of Crime in the Public and Legal Arenas: A Multi-Disciplinary Approach”, שהתקיים במרס 2012 בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר־אילן ופקולטה למשפטים של הקריה האקדמית אונו, ולמשתתפי סדנת “משפט המדינה: מפלילי עד חוקתי” בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר־אילן – על הערות חשובות שסייעו לנו בחידוד הטיועונים במאמר. תודה חמה לעורכת עיוני משפט רומי מרטין ולחברי המערכת גלעד זוהרי, מיה טולידאנו ואסף וינר על הערות והצעות מאירות־עניינים, ולאסף דהן על סיוע במחקר. מחקר זה נתמך על־ידי מרכז מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים.

מבוא**א. הצדקות לעיגון זכויות פרוצדורליות של נפגעי עברה כזכויות חוקתיות**

1. הצדקות עקרוניות להקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה להליך הוגן

(א) חובת המדינה כלפי נפגעי עברה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי

(ב) הצורך להגן על זכויותיהם של נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים

(ג) הצדקה סמלית־חינוכית

2. הצדקות בעלות אופי מעשי להקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה

(א) עידן שבו שיקול־דעתה של התביעה בהליך הפלילי הינו רחב ביותר בהעדר ביקורת שיפוטית

(ב) הצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעי עברה

ב. הזכות החוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן

1. הזכות החוקתית להליך הוגן

2. תכולתו של סל זכויות ההליך ההוגן המוקנה לנפגעי עברה

סיכום ומבט לעתיד**מבוא**

בעשורים האחרונים מתרחש שינוי עצום בחשיבה המשפטית, ובתוך כך גם בפרקטיקה, באשר למעמדם של נפגעי עברה בהליך הפלילי כמושאים של זכויות אישיות עצמאיות. לאורך ההיסטוריה הארוכה של המשפט הפלילי חלו שינויים רבים במעמדו של נפגע העברה, כמתואר בכתיבה הרבה העוסקת בהיסטוריה זו: ממודל פרטי של משפט פלילי, עד לפני כמאתיים שנה, שבמסגרתו ניהל הנפגע עצמו את ההליך, ועד התפתחותה של גישת המודל הציבורי המובהק, שבמסגרתו נכנסה המדינה לנעלי התובע מול הנאשם, והעברה נתפסה כפוגעת באינטרס ציבורי עד כדי זניחת האינטרס הפרטי.¹ בספרות הודגש כי המדינה עברה לפעול בשמו של "קורבן ציבורי" בלתי־מזוהה, עד כדי כך שנוצר למעשה נתק מוחלט בין התביעה לבין הנפגע הספציפי. התובע ראה לנגד עיניו רק אותם "אינטרסים ציבוריים" בלתי־מוחשיים, והנפגע שימש לכל־היותר עד או אמצעי להשגת ראיות.² הפרק האחרון

1 להצגת מודל התביעה הציבורית כמודל היחיד ראו, למשל, ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 108 (1984).

2 ראו: Kozinsky, שלפיו מערכת המשפט הפלילי התנהלה לאורך זמן רב על־סמך ההנחה כי הנפגע צריך להתנהג כ"ילד ויקטוריאני טוב" – "נראה אך לא נשמע" (התרגום שלנו – ה' ד"ר וד' פ').

לפי שעה בתולדות נפגעי העברה נכתב בשנים האחרונות, ועניינו במתן זכויות עצמאיות מסוימות לנפגעים.³ עם זאת, במערכת האדוורסרית הנוהגת לא נהפך עדיין הנפגע לצד נוסף לתביעה. ברוב המקרים הוא לכל-היותר משתתף במקטעים רלוונטיים בהליך.⁴ עניינו של מאמר זה אינו בהיסטוריה כשלעצמה, כי אם בחשיבה המנחה את השינוי במעמד של נפגעי העברה בהליך הפלילי. בעוד שמודל התביעה הציבורית עוגן באמצעות כמה בסיסים תיאורטיים – לרבות תיאוריית האמנה החברתית והצורך בענישה עקבית ואחידה של המפרים אותה – השינוי המתחולל בפניו של המודל הציבורי המובהק הונע על-ידי חשיבה תיאורטית מתפתחת שביקשה להביא בחשבון שיקולים נוספים.⁵ מאמר זה יבקש להתחקות אחר חשיבה זו ולפתח את הטענות התומכות בהכרה בזכויות פרוצדורליות של נפגעי עברה בהליך הפלילי.⁶ כיום רבים מן האינטרסים של נפגעי עברה

- 3 לכתובה המתארת התפתחות זו בארצות-הברית ראו, למשל: VICTIMS OF CRIME: A NEW DEAL? (Mike Maguire & John Pointing eds., Milton Keynes: Open University Press 1988); LESLIE SEBBA, *THIRD PARTIES – VICTIMS AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* (Ohio State University Press 1996); GWYNN DAVIS, *MAKING AMENDS: MEDIATION AND REPARATION IN CRIMINAL JUSTICE* ch. 1 (London 1992). כיום נהפכה השתתפותם של נפגעים בהליכים הפליליים למציאות – ראו: Erin A. O'Hara, *Victim Participation in the Criminal Process*, 13 J. L. & POL'Y 229 (2005) טהור ראו: Erin C. Blondel, *Victims' Rights in an Adversary System*, 58 DUKE L.J. 237 (2008).
- 4 הדיון במאמר זה מוגבל לשיטות משפט אנגלר-אמריקניות, שבהן נוהג הליך פלילי אדוורסרי בשיטות משפט קונטיננטליות ההליך נושא מאפיינים שונים, אשר משליכים, בין היתר, על מקומם של נפגעים. כך, למשל, במערכות משפט אינקוויזיטוריות נפגע העברה יכול להצטרף להליך כתובע נוסף במקרים מסוימים. ראו: Anat Horovitz & Thomas Weigend, *Human Dignity and Victims' Rights in the German and Israeli Criminal Process*, 44 ISR. L. REV. 263, 290–291 (2011); GEORGE P. FLETCHER, *WITH JUSTICE FOR SOME: VICTIMS' BELIOF IN CRIMINAL TRIALS* 193–197 (Massachusetts 1995). ראו את הבחנתו של Douglas Evan Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing, Remedy and Review*, BYU L. REV. 255, 352 (2005) (להלן: Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*).
- 5 ראו: Sue Anna Moss Cellini, *The Proposed Victims' Rights Amendment to the Constitution of the United States: Opening the Door of the Criminal Justice System to the Victim*, 14 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 839, 844–847 (1997). על-אודות הרקע לאימוצם של מודל התביעה הציבורית ושל הערכים העומדים ביסודו ניתן ללמוד גם מהתיאוריה המשפיעה של Packer בדבר מודל מיגור הפשיעה ומודל ההליך ההוגן, כשני מודלים המשקפים ערכים מתחרים המשפיעים על מערכת המשפט הפלילי, אשר בשניהם אין מקום לנפגע: Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1, 9 (1964–1965). לתיאוריה זו נתייחס בהמשך בהקשר של הזכות להליך הוגן.
- 6 נדגיש כי לצורך דיון זה אנו מסכימות עם הגדרת "נפגע עבירה" בס' 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001, ס"ח 183 (להלן: חוק זכויות נפגעי עברה), שלפיה נפגע הוא "מי שנפגע במישרין מעבירה, וכן בן משפחה של מי שהעבירה גרמה למותו, למעט החשוד,

נהנים ממעמד משפטי של זכויות במדינות רבות, לרבות ישראל.⁷ לנוכח זאת נבקש להציע את הדיון צעד נוסף קדימה ולשכנע, באמצעות הנחת תשתית תיאורטית תומכת, מדוע אין להסתפק אך במתן זכויות תת־חוקתיות לנפגעי עברה. נציע הצדקות נורמטיביות־עקרוניות, כמו־גם הצדקות מעשיות, להכרה בזכויות הפרוצדורליות שיש להקנות לנפגעי עברה בהליך הפלילי כזכויות בעלות מעמד חוקתי, על כלל ההשלכות הנלוות להכרה כזו. בהתבוננות על כלל התיאוריות התומכות במתן קול עצמאי לנפגעי עברה ניתן למפות שתי קטגוריות מרכזיות של טיעונים: האחת מתבססת על התועלת שתפיק המדינה מהקניית זכויות לנפגעי העברה, והאחרת מתבססת על הכרה בערכן של הזכויות כאינהרנטיות לכבוד האדם של הנפגעים עצמם. בנוגע לטיעון המתבסס על התועלת למדינה, על פניו השונים, לא נרחיב במסגרת מאמר זה.⁸ הטיעונים שנציע יישענו על תיאוריות מבוססות־נפגעים, המזהות את זכויותיהם כביטוי לכבודם, לרבות בכל הנוגע בהשלכותיו של ההליך על מצבם.⁹ גם במסגרת תיאוריות מבוססות־נפגעים מוכרים שני טיעונים המובחנים זה מזה בהיקפם: האחד, המצומצם יותר, גורס כי יש לתת מקום לנזקו הפרטיקולרי של הנפגע;¹⁰ ואילו האחר, הרחב יותר, דורש להעניק זכויות שימנעו מן הנפגעים את חוויית "הקורבנות המשנית" הנפוצה בהליכים פליליים.¹¹ אנו נטען כי יש להכיר בזכויות פרוצדורליות הנגזרות משני

הנאשם או הנידון". על כך נוסף ס' 22 לחוק, המדרג את זכויותיהם של בני משפחה על־פי קרבתם לנפטר. לאור הגדרה זו אין מדובר בטווח אינסופי של נפגעים, אלא בקבוצה מתוחמת היטב. גם הפסיקה האמריקנית אימצה את מבחן הפגיעה "במישרין" וסירבה להכיר בנפגעים מרוחקים. ראו, למשל: United States v. Hunter, 2008 U.S. Dist. LEXIS 1323 (D. Utah, Jan. 8, 2008).

7 לעיגונן המרכזי של זכויות אלה ראו חוק זכויות נפגעי עברה.
8 לטיעונים תועלתניים, שלפיהם על התועלת הפרטית שהנפגע מפיק מיתוספות תועלות של שיתוף־פעולה מצד הנפגעים עם מערכת המשפט ומתן אפשרות לתובעים ולשופטים לקבל מידע מלא יותר, ראו, למשל: LeRoy L. Lamborn, *Victim Participation in the Criminal Justice Process: The Proposals for a Constitutional Amendment*, 34 WAYNE L. REV. (1987–1988) 125, 147; דנה פוגין "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים? "קרית המשפט ד 229 (2004) (להלן: פוגין 'מהפכת הקורבנות'); רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה, פס' 46, 50–51 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 20.7.2009). לעניין ערכן של "הצהרות נפגע" כמספקות מידע, בצד ערכן כמשרתות את הנפגע עצמו, ראו: Edna Erez, *Who's Afraid of the Big Bad Victim? Victim Impact Statements as Victim Empowerment and Enhancement of Justice*, CRIM. L. REV. 545 (1999).

9 ראו Lamborn, שם, בעמ' 144.
10 ראו, למשל: Douglas Evan Beloof, *Weighing Crime Victims' Interests in Judicially Crafted Criminal Procedure*, 56 CATH. U. L. REV. 1135, 1149 (2007).
11 ראו, למשל: Douglas Evan Beloof, *The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model*, 1999 UTAH L. REV. 289 (להלן: Beloof, *The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model*). "קורבנות משנית" היא פגיעה הנובעת מיחס לא־נאות של המערכת כלפי הנפגע, לרבות אי־מסירת מידע ואי־היוועצות עימו. השימוש במושג רווח במיוחד בהקשר של נפגעי עברות מין. לסקירה של כמה מקורות מהותיים ראו: MARTIN WASIK,

הטיעונים גם יחד. זכויות אלה ייגזרו מתחולתם של העקרונות החוקתיים על עניינם של נפגעי העברה, אשר אינם אומנם צד להליך הפלילי אך מושפעים ממנו במידה רבה וישירה. את הבסיס להכרה בזכויות חוקתיות פרוצדורליות לנפגעי עברה נעגן בזכויות אדם כלליות ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹² אמירה שנהפכה לאבן-פינה במאבק להגנה על זכויות נפגעים היא אמירתו של הנשיא שמגר כי "בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודו של המתלונן, העד, הקורבן".¹³ אולם עיון בספרות מלמד כי חסר דיון שיטתי במשמעות כבודו זה של נפגע העברה. נציע פרשנות לתחולתו של מושג זה כמשתקף באגד הזכויות להליך הוגן לנפגעי עברה. המאמר יציג תיאוריה חדשה המשתמשת במושגים שהשתרשו זה מכבר כמושגי יסוד בהקשרים מסוימים, ביניהם "הזכות להליך הוגן", "חובת המדינה" ו"זכות הטיעון". מושגים אלה טרם זכו בבחינה מחודשת ומקיפה בהקשרים נוספים, חרף השינוי העצום שחל בתפיסות בדבר זכויותיהם של נפגעים. כך, למשל, הכתיבה העוסקת בזכויות הפרט בהליך הפלילי, וביתר שאת בזכות להליך הוגן, יישמה מושגים אלה בעיקר על זכויות נאשמים. גם השיח החוקתי במשפט הפלילי התפתח בעיקר סביב ההכרה בזכויותיהם החוקתיות של חשודים ונאשמים, תוך התעלמות יחסית, בעיקר במישור הכתיבה התיאורטית, מן הרלוונטיות שיש לשיח זה על זכויות הנפגעים.¹⁴ חובות המדינה וזכות הטיעון של הפרט נידונו בעיקר במסגרת המשפט המנהלי, ולא פותחו דיין בהקשרים נוספים שבהם הן רלוונטיות מאוד, כמו בעניינינו. באופן מתמיה למדי, הכתיבה מפרספקטיבה תיאורטית ועקרונית על-אודות זכויות חוקתיות של נפגעים בהליך הפלילי הינה דלה – בארץ ובעולם כאחד. אף שתכנים ניכרים מן הכתיבה והפסיקה החדשות העוסקות בזכויותיהם של נפגעי עברה עשויים להיכלל מבחינה רעיונית תחת הזכות החוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן, הקישור התיאורטי בין הסוגיות טרם נעשה, וממילא לא פותח. מאמר זה מבקש ליטול על עצמו אתגר זה, כנקודת מוצא בלבד לפיתוח הכתיבה העתידית בנושא. ההצדקות שנציע להכרה בזכותם החוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן יאפשרו לפרש זכויות קיימות וכשירו את הקרקע לקראת הכרה בזכויות עתידיות. פנייתנו, במצב המשפטי הנתון, הינה לכלל הרשויות. עד אשר ייעשה שינוי בחקיקה, ככל שיעשה, קיים צורך בפרשנות משפטית של החוק הקיים ובאכיפה. כך נעשה לעניין זכויות חשודים

THOMAS GIBBONS & MIKE REDMAYNE, CRIMINAL JUSTICE: TEXT AND MATERIALS 98 ff. (London 1999). להכרת בתי המשפט כמושג ראו: State v. Sheline, 955 S.W.2d 42, 44 (Tenn. 1997) (להלן: פרשת Sheline). כן ראו בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 10 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.11.2007).

12 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

13 ראו דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, פס' 8 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1994). ראו עוד דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פס' 3 ו-10 לפסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר (1995); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, סוף פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1993), שם הוא מזכיר את הצורך לשמור על זכויותיהם של "הקורבנות-למעשה ושל הקורבנות-בכוח".

14 ראו, למשל, מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375 (2002).

ונאשמים, וכך נעשה כבר כיום גם לעניין נפגעים, אם כי לעיתים רחוקות יותר.¹⁵ מאמר זה יספק את הבסיס הנורמטיבי לפרשנות זו וירמוז גם על תכניה.

ככלל, ביסוס הטענה בדבר הכרה בזכויות חוקתיות לנפגעי עברה מחייב דיון תלת־שלבי. בשלב הראשון והמקדמי יש לשכנע מדוע ראוי להכיר באינטרסים של נפגעי עברה כבעלי מעמד של זכויות משפטיות.¹⁶ בהנחה שאכן קיימים שיקולים חזקים המצדיקים הכרה באינטרסים של נפגעים כזכויות, השלב השני מחייב לנמק מדוע זכויות אלה ראויות למעמד נורמטיבי של זכויות חוקתיות דווקא.¹⁷ בהינתן הצדקה חזקה להקניית מעמד חוקתי לזכויות נפגעים, השלב השלישי מחייב לדון בהיקפן של הזכויות ובשאלת גבולותיהן, דהיינו, באילו תנאים ובאיזה היקף ניתן לפגוע בזכויות אלה מבלי שהפגיעה תיחשב בלתי־חוקתית.

מאמר זה מבקש להתמקד כאמור בשלב השני, דהיינו, בניסיון לשכנע מדוע אין להסתפק במעמדן של זכויות נפגעים כזכויות תת־חוקתיות, אלא יש להקנות להן מעמד נורמטיבי

15 ראו התייחסות לנושא זה בפרשת ברנס, שם. הדוגמה הבולטת היא של פרשנות זכותם החוקתית של נפגעים לפרטיות אגב דיון בחשיפת חומרי חקירה. ראו דנה פוג'ן "חשופה לעין כל: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" (צפוי להתפרסם ב־2014 בספר לכבודו של השופט בדימוס אליהו מצא בעריכת אהרן ברק ואילה פרוקצ'יה); Hadar Dancig-Rosenberg & Dana Pugach, *Between 'Secondary Victimization' and Positive Victimization: The Case of Crime Victims' Right of Privacy, in POSITIVE VICTIMOLOGY* (Natti Ronel & Dana Segev eds., Routledge, forthcoming 2015).

16 הספרות הפילוסופית והמשפטית מבחינה בין המושג "זכות" לבין המושג "אינטרס". המושג הראשון הינו נורמטיבי מעצם טיבו, וככזה הוא בעל ערך מוסרי. המושג השני, לעומתו, אינו נורמטיבי בהכרח, ועל־כן יכול לתאר משהו שטוב למישהו אך שאינו מהווה בסיס לשיקול מוסרי. להרחבה ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 44-49 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008).

17 להקניית מעמד חוקתי לזכות נלוות כידוע השלכות הנוגעות בעליונותן של זכויות המעוגנות בחוקי־היסוד על אלה המעוגנות בחקיקה "רגילה". ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** 98 (2005); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית כרך א** 164 (מהדורה שנייה, 2010). עליונות זו באה לידי ביטוי בכמה אופנים עיקריים. ראשית, בכל מקרה של סתירה בין הוראה הכלולה בחוקי־יסוד לבין הוראה הכלולה בחוק "רגיל", ההוראה הקבועה בחוקי־יסוד גוברת (אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוקי־היסוד). ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). בהתאם לאמור, בית־המשפט רשאי להכריז על בטלותן של הוראות שונות בחקיקה הסותרות את האמור בחוקי־היסוד. ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(3) 640 (2002). שנית, דבר חקיקה הנהנה ממעמד חוקתי על־חוקי משליך על פרשנותם של דברי חקיקה תת־חוקתיים. ראו בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953). משמעות הדבר היא כי במלאכת פרשנותם של חוקים יש להיזקק לרציונל ולפרשנות של זכויות חוקתיות. שלישית, ניתן לסטות מן האמור בחוקי־היסוד רק בהתקיים תנאים מיוחדים הקבועים בפסקת ההגבלה, המגבילים את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. ההגבלות עשויות להתייחס לאופן קבלתה של חקיקה כאמור או לתוכנה של החקיקה. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל, בעמ' 99-100.

של זכויות חוקתיות. לנוכח זאת לא נרחיב במסגרת מאמר זה לגבי שני השלבים האחרים, שחשיבות הדיון בהם נכבדת ומחייבת פיתוח נפרד. מרבית הכתיבה, המועטה יחסית, שעסקה בהנמקות תיאורטיות להכרה בזכויות נפגעים התייחסה לטיעונים העוסקים בשלב המקדמי דווקא,¹⁸ ולא בשאלת מעמדן של זכויות אלה כחוקתיות. מכאן תרומתו של מאמר זה, המתמקד בפיתוח הדיון בשלב השני, שבו השיח עודנו דל ומותיר חלל גדול למילוי.

בחלקו הראשון של המאמר נציג שלוש הצדקות עקרוניות ושתי הצדקות בעלות אופי מעשי לעיגונן של זכויות נפגעי עברה (קיימות ונטענות) כזכויות חוקתיות דווקא. שלוש ההצדקות העקרוניות הן חובת המדינה כלפי נפגעי עברה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי; הצורך להגן על זכויותיהם של נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים; והחשיבות הסמלית הגלומה בהעברת מסרים באמצעות זכויות חוקתיות. שתי הצדקות נוספות, בעלות אופי מעשי, הן שיקול-דעתה הרחב של התביעה בהליך הפלילי, בהעדר ביקורת שיפוטית;¹⁹ והצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעים במציאות שבה זכויות אלה לוקות בתת-אכיפה. בחלקו השני של המאמר נסביר מדוע נכון וראוי לאגד את הזכויות החוקתיות הפרוצדורליות המגיעות לנפגעים תחת הזכות החוקתית להליך הוגן. בחלק זה של המאמר גם נקשר את האמור לתיאוריות של צדק פרוצדורלי ולתורת המשפט הטיפולי.²⁰ בסיכום ינוסחו בהכללה מסקנות המאמר, ויוצגו אתגרים לכתיבה עתידית בנושא זכויותיהם החוקתיות של נפגעי העברה.

18 לעיתים קרובות מתייחסים כיום לאמירה שלפיה לנפגעים מגיעות זכויות כאל אמירה מובנת מאליה, ורק הטווח והמהות של זכויות אלה שנויים במחלוקת. ראו, למשל: Hadar Dancig- Rosenberg & Dana Pugach, *Pain, Love and Voice: The Place of Domestic Violence Victims in Sentencing*, 18(2) MICH. J. GENDER & L. 423 (2012).

19 במושג "ביקורת שיפוטית" משתמשים על-פי-רוב ביחס לסמכותו של בית-המשפט לבטל חוק של רשות נבחרת בגלל סתירה לחוקה. במסגרת הספרות העוסקת במשמעותו של המושג נידונה אף השאלה אם סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית עשויה לאפשר לבית-המשפט לא רק לבטל חוקים שהפרלמנט חוקק, אלא גם להורות לו לחוקק, בהנחה שזו הדרך היחידה להגן על זכות חוקתית שאינה זוכה בהגנה. במאמר זה נשתמש לרוב במונח "ביקורת שיפוטית" בהקשר נוסף – כביקורת של בית-המשפט על פעולות שלטוניות באופן כללי, ובפרט על פעולות מנהליות.

20 ראו: Edna Erez, Michael Kilchling & Jo-Anne Wemmers, *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice: An Introduction*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ix (Edna Erez, Michael Kilchling & Jo-Anne Wemmers eds., Carolina Academic Press, 2011). ליישומה ולפיתוחה של גישת הצדק הפרוצדורלי בהקשר של זכויות נפגעים ראו: Mary M. Giannini, *Redeeming an Empty Promise: Procedural Justice, The Crime Victims' Rights Act, and the Victim's Right to be Reasonably Protected from the Accused*, 78 TENN. L. REV. 47, 85–103 (2010).

א. הצדקות לעיגון זכויות פרוצדורליות של נפגעי עברה כזכויות חוקתיות

חלק זה ידון בשאלת המעמד הנורמטיבי שראוי להקנות לזכויותיהם הפרוצדורליות של נפגעי עברה בהליך הפלילי. כפי שהוסבר במבוא, מוקד הדיון בפרק זה יפסח על הנמקות תיאורטיות המצדיקות את עיגונם של האינטרסים כזכויות. חלף זאת נבקש להתמקד בכיסוסן של הצדקות נורמטיביות להכרה באותן זכויות פרוצדורליות שיש להקנות לנפגעי עברה בהליך הפלילי כזכויות בעלות מעמד חוקתי על־חוקי. עם זאת, כדי להניח תשתית לדיוננו בשאלת הצורך להכיר בזכויות נפגעים כחוקתיות דווקא, נתייחס בקצרה לשאלה המקדמית בדבר הצורך להכיר באינטרסים של נפגעי עברה כזכויות בהליך הפלילי.

מהו אפוא עניינו של הנפגע הפרטני בהליך הפלילי, המתנהל באמצעות גורמי המדינה, המחזיקים בידיהם את המונופול על הפעלתו? המדינה אומנם נטלה לידיה את ניהול ההליך והדירה באופן מלאכותי את הנפגע מניהולו, אך לנפגע הפרטני נותרו אינטרסים חזקים ולגיטימיים, העשויים לבוא לידי ביטוי במהלכו. מלבד הנאשם, הנפגע הוא הפרט היחיד בציבור שיש לו עניין אישי ישיר בתוצאות ההליך הפלילי – לא מתוך סקרנות גרידא ואף לא מתוך שאיפה ל"צדק כללי".²¹ הנפגע הוא הצד המעוניין ביותר, בהיותו נושא הסבל.²² הנפגע הוא מי שלא זכה בהגנת המדינה מפני הפגיעה הפלילית, ואשר נושא כעת את השלכותיה על חייו, על גופו, על נפשו. בהיותו מושא הפגיעה הפלילית, מצופה שהוא ישתף פעולה עם הרשויות על־מנת שההליך יתנהל ביעילות ובאופן שיקדם את גילוי האמת. מכוח זיקתו האישית של הנפגע לסיפור הפשע, ניתן לאתר לאורכו של ההליך הפלילי צמתים רבים שבהם יהיו לו אינטרסים ברורים להביע עמדה ולהשתתף, הנובעים לעיתים מצורך פיזי (דוגמת הגנה) ולעיתים מצורך נפשי. ראשית, לנפגע עשוי להיות אינטרס לראות שהאדם שפגע בו מובא לדין, נמצא אשם ובא על עונשו. הוא עשוי לרצות להיות מעורב בתיק "שלו" ולהבטיח שהסיפור המלא יסופר.²³ כך, אם המדינה מחליטה לסגור את התיק, יהיה לנפגע אינטרס חזק לבדוק מדוע, לערער ולקבל את החומר לצורך תביעה אזרחית (באשר לו עצמו אסור לחקור). שנית, לנפגע עשוי להיות אינטרס להבטיח את שלומו האישי, בין בשלב שחרורו של החשוד ממעצר, בין בשלב גזר־הדין ובין לאחריו. שלישית, לנפגע עשוי להיות אינטרס להגן על פרטיותו ועל שמו הטוב, העלולים להיפגע במהלך ההליך הפלילי. רביעית, לנפגע עשוי להיות אינטרס לקבל פיצוי מאת הנאשם, שכן כנפגע ישיר הוסבו לו

21 ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 144. לחשיבות הדיון בנושא זכויות נפגעים כזכויות פרט, ולא כזכויות קבוצה, ראו אורן גול־אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 101 (2011).

22 STEPHANOS BIBAS, THE MACHINERY OF CRIMINAL LAW 90 (Oxford 2012).

23 Beloof מגדיר את האינטרס של הנפגע כי האמת תיחשף וכי כתב האישום שיוגש יסקף אותה. ראו Beloof, *The Third Model of Criminal Process*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 295.

בהכרח נזקים.²⁴ לבסוף, נפגע שלא היה עד למעשה, דוגמת הורה של נרצח, עשוי לרצות ללמוד כמה שיותר על שאירע, באמצעות מעקב אחר ההליך.²⁵

רבים מן האינטרסים המוזכרים לעיל כבר מוכרים כיום כזכויות תת-חוקתיות, וזאת כביטוי להכרה בערך המוסרי הנלווה אליהם, המקים הצדקה חזקה להקנות להם מימד משפטי-נורמטיבי.²⁶ לנפגע עברה, בהיותו בעל עניין ישיר שהושפע מביצוע העברה, יש צרכים לגיטימיים הנובעים מביצוע העברה. גם אם בעבר לא היו צרכים אלה קיימים או מוכרים, כיום הם מתחדדים ביתר שאת בשל שינויים והתפתחויות שחלו בעידן האחרון בפניו של המשפט הפלילי. עם ריבוי ההליכים המתנהלים מחוץ לכותלי בית-המשפט, באמצעות מוסד הסדר-הטיעון, אשר נהפך לכלל;²⁷ עם עומס תיקים שמכוון את המערכת למציאת פתרונות לסגירת תיקים מהירה;²⁸ ועם ההכרה באי-זהות האינטרסים בין המדינה לבין נפגע העברה²⁹ – גברו האינטרסים של נפגע העברה וחידדו את ההצדקה להכיר בהם כזכויות. יתרה מזו, בישראל חלק מן הזכויות הללו מעוגנות כיום הלכה למעשה כזכויות חוקתיות הזוכות בהגנה מכוח חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו. הגנה זו פורשת את תחולתה עליהן בין בדרך המשקפת הרחבה של הזכות לכבוד ובין באמצעות הפריזמה הצרה יותר של זכויות המנויות במפורש,³⁰ כגון הזכות לפרטיות או ההגנה על שלמות הגוף והחיים. אולם קיימים עדיין הברלים מעשיים ואידיאולוגיים לא-מבוטלים בין "מעורבות" מצומצמת של

- 24 עקב כך הוא עשוי לרצות, למשל, ליידע את השופט בשלב גור-הדין בדבר השלכות הפשע. ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 144. החל בשנות השמונים של המאה העשרים קבעו מדינות שונות בארצות-הברית בחקיקה את חובתו של השופט לפסוק פיצויים לנפגע, אלא אם כן נמצא כי אין מקום לכך מטעמים שיירשמו. ראו, לדוגמה: Mich. Comp. Laws Ann. § 780.766(3) (West Supp. 1987). האפשרות לפסוק פיצויים הוצגה גם בחוק הפדרלי: Witness Protection Act of 1982, 18 U.S.C. § 3579(a)(1) (1982).
- 25 ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 146.
- 26 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א-2001, ה"ח 506. יודגש כי ההכרה בזכויות נפגעים אינה מסתכמת בקיומו של חוק זכויות נפגעי עברה, אלא קיימת גם במסגרות נוספות.
- 27 ראו אורן גול "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 7, ה"ש 6 (2005); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי 289, 318 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).
- 28 ראו רותם קרוש "הערת חקיקה: סגירה מותנית של תיקים פליליים והסדרי טיעון – בחינת הזיקה לאור הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית) התשס"ט-2008" חוקים בקצרה 1, 4 (2011).
- 29 ראו הדר דנציג-רונברג ודנה פוגין "כשאבה כואבת": על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל האלימות להקל בענישת הפוגע" מחקרי משפט כו 589, 590-591 (2010). לפסיקה המכירה בהעדף זהות אינטרסים בין המדינה לבין נפגע העברה ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 1039/05 מדינת ישראל נ' א' י', תק-מח 2005 (4) 4497, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת רוטלי.
- 30 ראו תמר הוסטובסקי-ברנדס "כבוד האדם במשפט הישראלי" (טרם פורסם, טיוטה שמורה אצל המחברות).

נפגע העברה בהליך, כפי שהיא מוכרת כיום בשיטות המשפט שבהן נוהג מודל התביעה הציבורית, לבין השתתפות עצמאית, משמעותית, בצמתים קריטיים, כפי שנבקש להציע בהמשך. מאמרנו יתמקד במעמד הנורמטיבי של הזכויות הפרוצדורליות שראוי להקנות לנפגעי עברה לאורך ההליך הפלילי³¹ כזכויות הצומחות מחובתן של רשויות המדינה, המחזיקות בדיהן את המונופול על ניהול ההליך. ההכרה במודל התביעה הציבורית כמסגרת שבתוכה מתנהל ההליך הפלילי³² מחזקת, כפי שנסביר, את תוקפה של התיאוריה התומכת במתן זכויות חוקתיות דווקא לנפגעים.

1. הצדקות עקרוניות להקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה להליך הוגן

לנוכח ההשלכות הנלוות לעיגונן של זכויות כבעלות מעמד חוקתי, נדרשות הצדקות חזקות לעיגונן של זכויות נפגעי עברה (קיימות ונטענות) כזכויות חוקתיות דווקא. להלן נציע שלוש הצדקות עקרוניות להקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה להליך הוגן: הראשונה מבוססת על חובת המדינה כלפי נפגעי עברה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי; השנייה מבוססת על הצורך להגן על זכויותיהם של נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים; והשלישית מבוססת על הצדקה סמלית-חינוכית. נדון עתה בשלוש ההצדקות לפי סדרן.

(א) חובת המדינה כלפי נפגעי עברה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי

עיקר הכתיבה העוסקת בפגיעה בזכויות הפרט בהליך הפלילי התמקדה עד כה בחובת המדינה כלפי נאשמים. ההכרה בזכויות חוקתיות של נאשמים נולדה מן התיאוריה הליברלית, על רקע כוחה של המדינה לפגוע בחירויות ובזכויות-יסוד של הפרט.³³ כתיבה בדבר חובתה של המדינה כלפי נפגעי עברה, מנקודת-מבט תיאורטית הנשענת על פגיעה בזכויות-יסוד, הינה דלה יחסית. הצדקה מרכזית ראשונה לעיגון חוקתי של זכויות נפגעי עברה נובעת מהפגיעה האינהרנטית של ההליך הפלילי בזכותם של הנפגעים לכבוד. בישראל, כמו במדינות רבות אחרות, לזכות לכבוד נתון מעמד חוקתי. פגיעה בזכות חוקתית מולידה זכויות הנהנות ממעמד נורמטיבי הוזה למעמדה של הזכות הנפגעת. סעיף 4 לחוק-יסוד:

31 לנוכח האמור, זכויות מהותיות או אחרות, דוגמת סיוע כלכלי ושיקום, ייוותרו מחוץ לדיון הנוכחי.

32 החריג של קובלנה פלילית פרטית הינו נדיר, ולפיכך לא נתייחס אליו. להפעלת כוח מונופוליסטית זו ראו יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מַעְבָּר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" *משפטים* לח 499, 489 (2009); William J. Stuntz, *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, 7 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 23 (1996); Max Weber, *Politics as Vocation* (1919), in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 77, 78 (H.H. Gerth & C. Wright Mills eds., 2001).

33 לתיאור פערי הכוחות בהליך הפלילי ראו רוזן-צבי ופישר, שם, בעמ' 499. על כוחה המונופוליסטי של המדינה בהפעלת כוח לגיטימית ראו Stuntz, שם.

כבוד האדם וחירותו מטיל על המדינה חובה להגן על כבוד האדם. כך בכלל, וכך במיוחד בנסיבות שבהן הפגיעה עלולה להיגרם על-ידי המדינה עצמה, השולטת בהליך הפלילי. לנוכח האמור, מפגיעתו האפשרית של ההליך הפלילי בזכותם החוקתית של נפגעים לכבוד, כפי שיוסבר להלן, מתחייבת הגנה של המדינה, השולטת בהליך, על כבודם של הנפגעים. הגנה זו ראוי שתוענק באמצעות החלתה של הזכות להליך הוגן, המהווה חלק בלתי-נפרד מן הזכות לכבוד ועל-כן זוכה במעמד חוקתי.³⁴

בהקשר זה יש להבחין בין שני טיעונים המקימים חובה מצד המדינה כלפי הנפגעים. על-פי הטיעון הראשון, 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 על-פי הטיעון השני, משנטלה המדינה מונופול על ניהול ההליך הפלילי ובחרה למנוע מאזרחיה פנייה לאפיקים אחרים – לרבות סעד עצמי, הגנה עצמית וככלל ניהול הליכים פליליים עצמאיים³⁶ – מונופול זה מחייב אותה אל מול הנפגעים. נציג עתה את שני הטיעונים. אף שההצדקה שחלק זה עוסק בה מתמקדת בטיעון השני, שעניינו חובת המדינה להעניק זכויות פרוצדורליות לנפגעים בהליך הפלילי (מבלי להתבסס על קיומה של חובה אפריורית של המדינה להגן על אזרחיה מפני פגיעה בהם בעברה), הכנתה מחייבת גם דיון בטיעון הראשון.

34 הטענה שלפיה הפגיעה בכבוד האדם של נפגע העברה מולידה גם זכויות פרוצדורליות להגנה על הכבוד, המהוות חלק מן הזכות לכבוד ועל-כן נהנות ממעמד חוקתי, מבוססת על רציונל שהוכר בפסיקה ובספרות בהקשר אחר, אשר ניתן להקיש ממנו לענייננו. אחת הגישות בספרות ובפסיקה גורסת כי מקור אפשרי למעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות הוא בזכויות המהותיות הנתבעות. כך, אם לאדם יש זכות לקניין, לכבוד, לחירות או כל זכות חוקתית אחרת, הזכות המהותית כוללת גם זכות לגשת לערכאות כדי להגן על הזכות המהותית. משום כך, לפי ראייה זו, זכות הגישה לערכאות זוכה אף היא במעמד חוקתי. ראו שלמה לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451, 453 (1996); שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית 34 (מהדורה שנייה, 2008). ראו גם את עמדתו של השופט גרוניס ברע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עיזבון איברהים, פ"ד נח(5) 865, 868 (2004); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 19 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 29.8.2011). הצדקה דומה חלה בענייננו: הפגיעה האפשרית בכבוד הנפגע מולידה זכויות פרוצדורליות להגנה על הכבוד, שהן חלק בלתי-נפרד מן הזכות לכבוד.

35 ראו פוג' "מהפכת הקורבנות", לעיל ה"ש 8. כאשר בירור הפגיעה מגיע לבית-המשפט במסגרת ההליך הפלילי, אין זו אלא "הגנה שבדיעבד לאחר שהפגיעה הקשה נעשתה ואין חזרה ממנה". ראו ת"פ (חי') 253/01 מדינת ישראל נ' עדואן, תק-מח 2002(3) 5526. במקרה זה הכיר בית-המשפט בזכותה של אישה להיות מוגנת מפני אונס. משנפגעה, קבע בית-המשפט, יש להביא בחשבון את השלכותיה של הפגיעה על הקורבן במסגרת גזר-הדין.

36 ניתן למצוא בפסיקה דוגמות של אנשים שבחרו לנסות לפגוע בפוגעים בהם ונתנו על כך את הדין, תוך הדגשת ייחודיותה של המדינה כתובעת, כגורת הדין וכמבצעת אותו. ראו, למשל, ע"פ 3169/05 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.7.2005); 3914/08 מדינת ישראל נ' עאסלה, דינים עליון 2008(68) 840.

שני הטיעונים מבוססים על כך שעיצובו של המשפט הפלילי כולו, לרבות מקומם של הנפגעים בו, תלוי במידה רבה בתפיסות באשר ליחסים שבין המדינה לבין הפרט ובאשר לתפקידה של המדינה. כך, למשל, תפיסה הנשענת על רעיון קיומה של "אמנה חברתית" משמעותה שתפקיד המדינה, בין היתר, הוא להגן על האזרחים, אשר ויתרו על זכותם להגנה עצמית ולסעדים עצמיים, ולהעניש את מפרי החוק שפגעו בהם.³⁷ אולם האם תפיסה בדבר "אמנה חברתית" משמעותה שהפרט ויתר על כל זכויותיו תמורת הגנתה של המדינה?³⁸ לעניין הטיעון הראשון עולה השאלה אם תפיסה זו משמעותה שלנפגע קיימת זכות חוקתית להגנה מצד המדינה, אשר מופרת מרגע שבוצעה כלפיו עברה פלילית?³⁹ מבחינה היסטורית, התפתחותו של המשפט הפלילי כוונה לשכנע את האזרחים לא ליטול את החוק לידיהם, בתחילה בדרך של החלפת נקמת־הדם בתביעה פרטית ולאחר־מכן באמצעות החלפת התביעה הפרטית בציבורית.⁴⁰ על־פי גישה אפשרית, המדינה נטלה על עצמה את תפקידי החוקר, התובע, השופט ומבצע גזר־הדין, תוך דחיקת הנפגע לתפקיד של מוסר מידע ועד בלבד, עם התפשטות תפיסתו של Beccaria בסוף המאה השמונה־עשרה ובמהלך המאה התשע־עשרה, שלפיה רק המדינה היא שנפגעת מהפשע, משום גרימתו של נזק לערך חברתי מופשט.⁴¹ על־כן תפקידה של מערכת המשפט הפלילי אינו לעזור לנפגע להיפרע מהפוגע, כי אם לקדם את האינטרס של החברה. גישה זו זכתה בעדנה בתקופה שבה הודגשו הרציונליות

- 37 לתיאוריות שונות המתארות את רעיון האמנה החברתית ראו, למשל: Liliya Abramchayev, *A Social Contract Argument for the State's Duty to Protect from Private Violence*, 18 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT 849, 853, 863 (2004); Lynne Henderson, *Revisiting Victim's Rights*, 1999 UTAH L. REV. 383, 391–393. לדיון ברעיון זה כמרכזי בממשל האמריקני מראשיתו ראו Giannini, לעיל ה"ש 20, בעמ' 52, וכן Abramchayev, לעיל, בעמ' 853. גם בחוקה האמריקנית קיימת התייחסות לרעיון האמנותי: "...That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed", THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para. 2 (U.S. 1776).
- 38 לקשר שבין תפיסות אמנותיות באשר למשפט הפלילי ולזכויות אדם לבין הגותם של ג'ון לוק, תומס הובס וז'ן ז'ק רוסו ראו: Wilfried Bottke, *Rule of Law or Due Process as a Common Feature of Criminal Process in Western Democratic Societies*, 51 U. PITT. L. REV. 419, 426–427 (1990).
- 39 לחשיבותה של האמנה החברתית בהתוויית חובותיה של הרשות במשפט המנהלי ראו בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד (נב) 289, פס' 23 לפסק־דין של השופט זמיר (1998).
- 40 William F. McDonald, *Towards a Bicentennial Revolution in Criminal Justice: The Return of the Victim*, 13 AM. CRIM. L. REV. 649, 664 (1975–1976). לדוגמה לראיית עשיית דין עצמית (נאשמים שתקפו אדם שלטענתם גנב מהם) כגורם לחומרה, ולא לקולה, בעת גזירת העונש, ראו פרשת עאסלה, לעיל ה"ש 36, פס' יג לפסק־דין של השופט רובינשטיין.
- 41 ראו McDonald, שם, בעמ' 654–656.

והתועלתנות.⁴² במקביל התפתחה הגישה בדבר חובות המדינה בהליך הפלילי כלפי הנאשם, כנובעות מכוחה הרב אל מול הסכנה לחירותו.⁴³

הכרה בזכויות נפגעים, וביתר שאת בזכויותיהם החוקתיות, כרוכה אפוא בהכרה בפגיעה האישית בקורבן כגורם בעל חשיבות, ובהגדרה חדשה של היחסים בינו לבין המדינה, וזאת לעניין שני הטיעונים.⁴⁴ המדינה, כבעלת המונופול על ההליך הפלילי, מגבילה את הנפגע מלהשתמש בכוחו על-מנת להיפרע ממי שפגע בו או אף על-מנת למנוע פגיעה נוספת בו עצמו. הנפגע מנוע כיום מלפעול במישור הפלילי. גם בנסיבות שמאפשרות לכאורה שימוש בדיני הנזיקין, למשל, הנפגע אינו רשאי לחקור בשעה שמתנהל הליך פלילי, שכן הדבר מתפרש כשיבוש הליכים או כהטרדת עדים.⁴⁵ מכאן חובתה של המדינה כלפיו. McDonald מוסיף על כך קריאה שונה של תפקיד התובע, החורג אך מהעמדה לדין של מפרי החוק. תפקיד התובע הוא גם לשרת את ה"צדק" ולסייע במניעת פנייה לנקמה פרטית. מכאן נגזרת מחויבותו לנפגע.⁴⁶ Dubber מרחיק לכת וטוען כי מאחר שתפקידה המרכזי של המדינה הדמוקרטית הוא להגן על האוטונומיה של הפרטים, ולא על האינטרסים של המדינה, על

42 לתיאור היסטורי ראו שם, בעמ' 654-656. גם Beccaria ראה את החברה האנושית כמושתתת על אמנה שמטרתה להגן על זכויות הפרט ובו-בזמן להבטיח שמירה על הסדר והביטחון של חבריה. לטענתו, הפשע מפר סדר זה ומחייב את המדינה לטפל בכך. גישתו נסמכת על החתירה למקסום תועלות. שם, בעמ' 655.

43 בסיס לגישה זו ניתן למצוא כמוכחן עוד בשנת 1215, במגנה כרטה. ראו: Frederick Mark Gedicks, *An Originalist Defense of Substantive Due Process: Magna Carta, Higher-Law Constitutionalism, and the Fifth Amendment*, 58 EMORY L.J. 585, 596 (2009) לתיאור דחיקת רגליהם של הנפגעים, על יסוד אימוץ גישתם של Beccaria ו-Bentham, והצורך לאזן את כוח המדינה באמצעות מתן זכויות פרוצדורליות לנאשמים, ראו BIBAS, לעיל ה"ש 22, בעמ' 89.

44 יש המקשרים את חובת המדינה כלפי נפגעי העברה לרעיון האמנה החברתית באמצעות הטיעון הבא: כאשר נפגע עברה מדווח על פשע ומשתף פעולה עם רשויות האכיפה, הוא בוחר, כסוכן חופשי, להכיר בעליונותה של המדינה ובסמכותיה כלפי הפרטים שבה. מכיוון שהמדינה מסתמכת על נפגע העברה ונעזרת בו לצורכי אכיפת החוק – דהיינו, "משתמשת" בו לטובת האינטרס של הכלל – היא חבה לו "בתמורה" חובה מיוחדת. ראו Henderson, לעיל ה"ש 37, בעמ' 392-394. Henderson מבקרת טיעון זה מנקודת-מבט קהילתנית, המערערת על התפיסה הליברלית. על-פי התפיסה הרפובליקנית שהיא מציגה, אין זה נכון לתאר את הסתייעותה של המדינה בנפגע העברה לצורכי אכיפת החוק כ"שימוש" בו או כ"ניצול" שלו לטובת הכלל. נפגע העברה, כחבר בקהילה, אינו רק בעל זכויות; הוא גם נושא בחובות. כחבר קהילה, הנפגע חב אחריות לחברי הקהילה האחרים לשתף פעולה בהליך הפלילי, על-מנת להיטיב עם האינטרס של הקהילה. שם.

45 ראו את אמירתו הברורה של בית-המשפט העליון כי משהחל הליך פלילי, הוא מחריג סעדים אחרים, דוגמת סעד הצהרתי אזרחי: ע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נז(5) 97, פס' 24-27 לפסק-דינו של השופט אנגלרד (2003).

46 ראו McDonald, לעיל ה"ש 40, בעמ' 664.

המשפט הפלילי – בתכניו, ולא רק בפרוצדורה שלו – לתמוך בזכויות הפרט, הן בעבור הנאשם הן בעבור הנפגע.⁴⁷

לעניין הטיעון הראשון, שאלה חשובה היא אם חובות המדינה בהקשר זה – לא רק להגנה מלכתחילה מפני ביצוע עברה, אלא אף למתן זכויות פרוצדורליות למי שנפגעו מעברה – נובעות מעצם זכותם של הנפגעים לא להיפגע מלכתחילה מביצועה של עברה פלילית. Aynes מדגיש את זכותו של האזרח לא להיפגע מביצוע עברה כמקימה למדינה חובה תואמת לפעול לצמצומו של סיכון כאמור. Aynes מקשר את הקריאה למתן זכויות חוקתיות לנפגעים להפרת החוזה החברתי, שבמסגרתו המדינה מחויבת לדאוג לשלומם של אזרחיה.⁴⁸ את הטענה בדבר חובת המדינה להגן מפני פגיעה הנובעת מביצוע עברה ניתן לעגן, בישראל, בהוראת סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". סעיף זה מרחיב את ההגנה הקיימת לזכויות אלה בסעיף 2 לחוק־היסוד, שלפיו "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". בהנחה שניתן לפרש את הזכות הקבועה בסעיף 4 כזכות חיובית – דהיינו, כזכות המקימה למדינה הן חובה לנקוט אמצעים שיאפשרו לפרט להגשימה, הן חובה למנוע פרטים אחרים מלפגוע בה – ניתן לגזור מסעיף זה את חובת המדינה להגן על אזרחיה גם מפני פגיעות של פרטים אחרים בחייהם, בגופם ובכבודם.⁴⁹ ביצוע מעשה עברה עשוי להעיד במקרים מסוימים על כשלונה של המדינה למלא חובת הגנה זו. אלה מקרים שבהם האמצעים שהמדינה נקטה למניעת הפגיעה לא היו במידה הנדרשת. במקרים אלה ניתן לטעון כי כשלונה של המדינה

47 ראו: MARKUS DIRK DUBBER, VICTIMS IN THE WAR ON CRIME: THE USE AND ABUSE OF VICTIMS' RIGHTS ch. 4 (NYU Press 2002). לדבריו, ה"אויב" החדש הוא המדינה, אל מול הנפגע והנאשם כאחד. לשיטתו, יש לצמצם המשפט הפלילי לעברות חמורות נגד אנשים בלבד – כאלה שגורמות נזק ואשר הנפגע אינו מסכים להן; אין לחוקק "עברות חסרות קורבן"; ויש לחייב פיצוי של המדינה כלפי נפגעים. שם, פרקים 5 ו-6. בהערת־אגב Dubber מתנגד לרוב זכויות הנפגעים ולתיקון חוקתי ספציפי.

48 ראו: Richard L. Aynes, *Constitutional Considerations: Government Responsibility and the Right Not to Be a Victim*, 11 PEPP. L. REV. 63, 69–73 (1984) חבה בהגנה על אזרחיה כנגזרת מקיומה של אמנה חברתית ראו גם Abramchayev, לעיל ה"ש 37, בעמ' 859, 869.

49 מקורה של גישת הזכויות החיוביות בתפיסה שלפיה הזכויות החוקתיות בזכויות שליליות מספקות הגנה צרה מדי. על רקע הכרה זו החלה להתגבש ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות או בזכויות חוקתיות לפעולה (status positivus). תוכנן של אלה הוא חובתו של השלטון לפעול להגנה על הפרט. הזכויות החוקתיות החיוביות מבוססות על התפיסה כי "השלטון... מחויב לשרת את הציבור – להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח", כדבריו של השופט זמיר בבג"ץ קונטרס, לעיל ה"ש 39, פס' 23 לפסק־דינו. גישה זו מצאה תימוכין בדברי הנשיא לשעבר שמגר בפרשת גנימאת, לעיל ה"ש 13. לגישתו, כל אדם נהנה מזכות חוקתית לא להיות חשוף לפגיעה בחייו, בגופו או בקניינו, וכנגד זכות זו עומדת חובה של המדינה לפעול למימושה. במסגרת זאת, לכל אדם יש זכות חוקתית שהמדינה תגן עליו מפני פגיעה כאמור הנובעת מביצוע עברה. משמעותה של גישה זו היא כי לכל אדם יש זכות חוקתית לתבוע מן המדינה לפעול לצמצומו של סיכון כאמור, והמדינה תוכל לפגוע בזכות זו רק אם תראה כי הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.

להגן מפני ביצוע עברה ראוי שיוליד לנפגעים זכויות חוקתיות בהליך הפלילי. לפי גישה זו, מקורן של זכויות הנפגעים הוא אפוא בעצם הפגיעה הפלילית, בהיותה הפרה של חובת הגנה חוקתית החלה על המדינה.

כנגד גישה זו, יש השוללים חובת הגנה כאמור.⁵⁰ גזל-אייל ורייכמן תקפו את הגישה המצדדת בזכויות חוקתיות חיוביות בטענה כי היא סותרת הן תפיסות מוסריות, הן תפיסות משפטיות-פוזיטיביסטיות, הן תפיסות מוסריות.⁵¹ לגישתם, כאשר המדינה מאפשרת לפרטים לפגוע בזכויות של פרט אחר, היא לא תיחשב כפוגעת בזכותו החוקתית של הפרט הנפגע. גם פרופ' ברק דחה את הטענה כי על המדינה חלה חובה להגן על חירות האזרח מפני פגיעה על-ידי צד ג המבצע עברה, וזאת על בסיס פרשנות של הזכות לחירות כזכות שלילית, ולא חיובית.⁵²

כך או כך, אנו טוענות כי גם אם מאמצים גישה מצמצמת ומניחים כי לא חלה על המדינה חובה, ברמה החוקתית, להגן על האזרח מפני פגיעה על-ידי צד ג שמבצע עברה, אין פירוש הדבר שהמדינה נעדרת חובה למנוע פגיעה נוספת בקורבן, לאחר שהאחרון כבר נפגע מביצוע עברה על-ידי אחר. טיעון אחרון זה מבקש להבחין בין שאלת קיומה של חובת אכיפה, המחייבת את המדינה להגן על האזרח מפני פגיעה על-ידי צד ג המבצע עברה,⁵³ לבין שאלת ההכרה בזכויות חוקתיות (המולידות חובות תואמות של המדינה) של מי

50 בית-המשפט העליון האמריקני קבע כי אין על המדינה חובה להגן על האזרח או למנוע פגיעות מידיו של מי שפגע בעבר. לפסיקה כאמור ראו: Susan Bandes, *Victim Standing*, 1999 UTAH L. REV. 331, text to n. 5-6. הגישה הפרשנית המקובלת בארצות-הברית גורסת כי החוקה אינה מכירה בקיומן של זכויות חיוביות, אלא אך ורק בזכויות שליליות. ראו אהרן ברק *מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 380, 515 (2010) (להלן: *ברק מידתיות במשפט*). כן ראו: Jackson v. City of Joliet, 465 U.S. 1049 (1982). גם Henderson שוללת קיומה של חובה חוקתית מצד המדינה להגן על נפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע עברות על-ידי פרטים אחרים. את עמדתה היא מנמקת באמצעות השוואה לנפגעי מלחמה, אשר אינם זוכים בהכרה בזכויות חוקתיות אף שהמדינה אחראית לפגיעה שנגרמה להם, או לנפגעים ממעשי הפליה או גזענות שנעשו על-ידי פרטים אחרים, אשר אינם זוכים אף הם בהגנה דומה. ראו Henderson, לעיל ה"ש 37, בעמ' 390, 392.

51 ראו גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 116-136.

52 ברומה לגישת המשפט האמריקני, ראו לעיל ה"ש 49. להבחנה של ברק בין זכויות שליליות לבין זכויות חיוביות ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 513-516. הגישה הקלסית לזכויות החוקתיות גורסת כי תפקידן הוא להגן על הפרט מפני פגיעה מפעולות השלטון. מכאן כינוין "זכויות שליליות" (status negativus). ראו: Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 137 (Georg Nolte ed., 2005); ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 289 (Julian Rivers trans., 2002).

53 לדיון בחובת ההגנה הפוזיטיבית ראו Giannini, לעיל ה"ש 20, בעמ' 54-55. Giannini סוקרת פסיקה אמריקנית הקובעת כי הגנת הממשל מפני מעשי עוולה של צדדים שלישיים אינה נופלת בגדר זכויות האדם הזוכות בהגנה חוקתית. ההליך ההוגן לא הוכר כרלוונטי משום שהוא פורש כמגביל את כוחה של המדינה לפעול, ולא כמטיל חובת פעולה להבטיח כי ערכים אלה לא ייפגעו על-ידי צד ג.

שכבר נפגעו מביצוע עברה, וזאת עקב החשש מפני קורבנות משנית ופגיעה בנפגע על־ידי הרשויות עצמן לאורך ההליך הפלילי. מן השאלה הראשונה נגזרות שאלות־משנה נוספות. כך, למשל, האם חלה על המדינה חובה לחוקק עברות פליליות?⁵⁴ אילו פגיעות יחייבו את המדינה לחוקק עברה פלילית על־מנת לאפשר לנפגע לממש את זכותו להליך הוגן? מתי תהיה המדינה אחראית בנוזיקין משנגרמה פגיעה לקורבן כתוצאה מביצוע עברה פלילית?⁵⁵ את השאלה הראשונה, על שאלות־המשנה הנובעות ממנה, נבקש אפוא להותיר ב"צריך עיון". הטיעון השני שביסוד ההצדקה שפרק־משנה זה עוסק בה עניינו בחובת המדינה כלפי אדם, מרגע שהוא נפגע מידי אחר ונהפך ל"נפגע עברה" קונקרטי, לעניין זכויותיו הפרוצדורליות בהליך הפלילי. במקרים אלה הנזק עלול להיגרם על־ידי רשויות המדינה עצמן או על־ידי צד ג, אשר פגיעתו עשויה להיות צפויה. לדוגמה, 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, אף אם אין היא כשלעצמה פגיעה בזכות חוקתית. 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.⁵⁶ על בסיס הטענה בדבר חובתה של המדינה כלפי נפגע העברה בשלב שלאחר היהפכותו ל"נפגע עברה" נבקש לשכנע בצורך להכיר בזכותו החוקתית להליך הוגן, המגלמת אגד של זכויות פרוצדורליות

54 לדיון בשאלת החובה לחוקק עברות ראו, למשל, דן ביין "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יב 251, 255 (1995); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 365 (1994).

55 מעניין שיישום הדיון בשאלת חובתה של המדינה מצוי בעיקרו במישור הנוזיקי האזרחי דווקא. להחלטה שקבעה חובת הגנה במשפט האירופי ראו: A. v. UK, 25599/94 (1998) E.C.H.R. 85. לעומתה ראו את החלטתו של בית־המשפט העליון האמריקני אשר סירבה לקבוע חובה כזו לעניין מחדל של רשויות הרווחה: Deshaney v. Winnebago County Dep't of Social Services, 489 U.S. 189 (1989). בתי־משפט אזרחיים שללו לא פעם, במסגרת תביעות נוזיקיות, את אחריותה של המדינה לנזקים שנגרמו מביצוע עברות פליליות. ראו Bades, לעיל ה"ש 50; *Milli Kanani Hansen, Testing Justice: Prospects for Constitutional Claims by Victims Whose Rape Kits Remain Untested*, 42 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 943 (2011). מכיוון שדיון זה חורג מהיקפו של המאמר הנוכחי, נציין בקצרה כי ניתן לצאת נגד עמדה זו בטענה שגם אם אין עומדת לאורח זכות חוקתית א־פריורית להגנה, עומדת לו, לכל־הפחות, זכות ברמה התת־חוקתית שהמדינה תגן עליו מפני עברות אפשריות, תחשוף את מבצעייהן, תעמידם לדין ותענישם כראוי. חובה זו של המדינה משתקפת בס' 3 לפקורת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, דמ"י 17, ובס' 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43, המסמיך את התביעה הכללית להיות הגוף בעל סמכות ההעמדה לדין.

56 גם בדיני הנוזיקין הוכרה החובה המיוחדת אל מול אזרח מסוים, כחריג לדוקטרינה השוללת ככלל הטלת אחריות על השירות הציבורי. ראו Giannini, לעיל ה"ש 20, בעמ' 60.

המבטיחות שמירה על כבודו, על חירותו ועל פרטיותו בהליך הפלילי. בטיבה של זכות זו נדון בהרחבה בחלקו השני של המאמר.

החשש מפני קורבנות משנית ופגיעה בנפגע על-ידי הרשויות עצמן כמצדיק מתן זכויות (לרבות זכויות חוקתיות) לנפגע העברה, ובכלל זה זכות להשתתף בהליך הפלילי, נידונו בכתיבה, אם כי ללא דיון רחב בבסיס החוקתי להצדקה זו. Beloof מבקש להדגיש בכתיבתו את הפגיעה המשנית.⁵⁷ לדבריו, יש מי שסבורים כי הנזק שנגרם לנפגע עלול להיות משמעותי עד כדי כך שהדרתו מן ההליכים על-ידי המדינה תהווה הפרה של החוזה החברתי בינה לבינו כאזרח.⁵⁸ עצם קיומה של הפגיעה המשנית על-ידי מערכת המשפט עצמה אינו מוטל כיום בספק. עוצמתה של פגיעה זו מומחשת במחקרים המצביעים על ההשלכות הדסטרוקטיביות הנלוות לעיתים למעורבות או להשתתפות של הנפגע בהליך, מעבר לנזק המשמעותי שגרם לו הפשע עצמו.⁵⁹ מחקרים מתחום הוויקטימולוגיה מלמדים כי פגיעה זו – הקורבנות המשנית – נובעת מיחס לא-נאות של רשויות האכיפה כלפי הנפגע, לרבות אי-מסירת מידע ואי-היוועצות עימו.⁶⁰ אי-שיתופו של הנפגע בהחלטות אשר נוגעות בו ומשפיעות על חייו

57 ראו Douglas, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights* 352; E. Beloof, *Constitutional Civil Rights of Crime Victim Participation: The Emergence of Secondary Harm as a Rational Principle*, in *VICTIMS IN CRIMINAL PROCEDURE* 10 (1999).

58 ראו שם, וכן: Mike Mansfield, *Justice for the Victims of Crime*, 9 Hous. L. Rev. 75, 77 (1971).

59 Dean G. Kilpatrick & Randy K. Otto, *Constitutionally Guaranteed Participation in Criminal Proceedings for Victims: Potential Effects on Psychological Functioning*, 34 WAYNE L. REV. 7 (1987-1988). המחברים מזכירים מחקרים המראים כי נפגעים בוחרים לא לדווח על פשע עקב ציפייה ליחס לא-הולם מצד הרשויות. לעדותה של נפגעת תקיפה מינית על-אודות יחס שיפוטי מזלזל ובלתי-מכבד שהפגין כלפיה בית-המשפט במסגרת הליך פלילי שבו העידה כמתלוננת, ראו ליאת "הצדק" חוק וצדק – נפגעות ונפגעי תקיפה מינית ומערכת אכיפת החוק 36 (איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל, 2007). על הפגיעה הישירה בנפגע העלולה להתלוות להחלטה שיפוטית למדו בתי-המשפט לא אחת אף מתוך חוות-דעת מקצועיות. ראו בג"ץ 6067/11 הפצ"ר נ' הועדה הצבאית לעיון בעונש, דינים עליון 2012(12) 1346 (לעניין החשיבות של שמיעת נפגעת לפני שחרור מוקדם של הפוגע בה מהכלא, מחשש לפגיעה בשיקומה).

60 ספרות ענפה מתעדת את חוויית הקורבנות המשנית של נפגעים בהליך הפלילי. ראו, למשל: MARTIN WASIK, THOMAS GIBBONS & MIKE REDMAYNE, *CRIMINAL JUSTICE – TEXT AND MATERIALS* 98 (London, 1999). כתיבה בנושא נפוצה במיוחד בהקשר של נפגעות תקיפה מינית המתארות את חוויית הקורבנות המשנית כ"אונס שני". ראו, למשל, את מכתבה של נפגעת תקיפה מינית לבית-המשפט, כמצוטט בג"ץ 5961/07 פלוגית נ' פרקליט המדינה, פ"ד סב(3) 206 (2007), לאחר שחשה כי לא שיתפו אותה כראוי בהליכים לקראת החתימה על הסדר-הטיעון עם הפוגע. לדיון רחב בביטויי הקורבנות המשנית של נפגעות תקיפה מינית בהליך הפלילי, לרבות השלכתה של קורבנות זו על נכונותן של נפגעות לפנות לרשויות האכיפה מלכתחילה, ולדיון בצורך לפתח אסטרטגיות שיהפכו את ההליך למאפשר ולנוח יותר בעבורן, ראו: Hadar Dancig-Rosenberg, *Sexual Assault Victims – Empowerment*.

הינו בגדר שימוש בנפגע כאמצעי בלבד. הפסיקה בישראל אימצה את המבחן הקנטיאני במסגרת הפרשנות שהעניקה להיקף הזכות לכבוד. על-פי מבחן זה, "הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד... ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".⁶¹ לנוכח האמור, הפגיעה בכבודו של הנפגע הטמונה בהדרתו מתהליכי קבלת ההחלטות בעניינו, אשר מעידה כאמור על התייחסות אליו כאל אמצעי בלבד, מולידה חובה של המדינה להעניק לו זכויות חוקתיות. כפי שנציע בהמשך, הענקת זכויות השתתפות פרוצדורליות, שיגולמו בזכות החוקתית להליך הוגן, תהווה ה"סעד" הראוי לריפוי פגיעה זו.

זאת ועוד, במנותק משיקולים תוצאתניים התומכים בהענקת זכויות נפגעים ככלי להשאת התועלות הציבוריות מן ההליך עצמו ולהגברת מיגור הפשיעה, השתתפותם של נפגעי העברה בהליכים עשויה אף לסייע בשיקומם.⁶² שיקול זה מדיגיש את הערך האינטרינזי הגלום בהטבת מצבם של הנפגעים כשיקול דאוטולוגי העומד בפני עצמו. השאלה אם שיקול זה ראוי להוות בסיס להעלאת זכות לדרגה חוקתית מחייבת פיתוח נפרד, ואין בכוונתנו להכריע בה כאן. כל שנבקש הוא להעלות שיקול זה כחומר למחשבה. מעורבות מוגברת בהליך הפלילי עשויה לסייע לנפגע ולקרוביו, כמו-גם למערכת עצמה.⁶³ טענה

or Re-victimization? The Need for a Therapeutic Jurisprudence Model, in TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY 150 (Natti Ronel, K. Jaishankar & Moshe Bensimon eds., Cambridge Scholars Publishing 2008); Morrison Torrey, *When Will We Be Believed? Rape, Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions*, 24 U.C. DAVIS. L. REV. 1013 (1990–1991). להכרה של בתי-המשפט במושג "קורבנות משנית" ראו פרשת *Sheline*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 44. בישראל ראו בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 11, פס' 10 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

61 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006 (2) 1559, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

62 ראו Kilpatrick & Otto, לעיל ה"ש 59. לממצאים דומים בעקבות מחקר אמפירי שנערך בקרב משפחות נרצחים ראו: Dean G. Kilpatrick, Lois Angelynne Amick-McMullan, J. Veronen & Susan Smith, *Family Survivors of Homicide Victims: Theoretical Perspectives and an Exploratory Study*, 2 J. TRAUMATIC STRESS 21, 21–35 (1989). לתיאור עדויות של נפגעי עברות מין המלמדות על הפוטנציאל השיקומי הטמון בהליך פלילי בשעה שהוא מתנהל בדרך המכבדת את הנפגעים, ראו מחקרו של אורי ינאי "חידוש במשפט הפלילי: הגשת 'תסקיר נפגע עבירת מין' על-ידי שירות המבחן למבוגרים" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום – לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות 235 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003). לדיון בפוטנציאל התרפויטי הטמון בהליך הפלילי בעבור נפגעות תקיפה מינית ראו Dancig-Rosenberg, לעיל ה"ש 60, בעמ' 152–155.

63 Kilpatrick & Otto, לעיל ה"ש 59, בעמ' 26; Dancig-Rosenberg, לעיל ה"ש 60, בעמ' 152, 168–169. חוקרים אלה טוענים כי השלכה חיובית עקיפה אחת תהיה הרחבת ידיעותיהם של שופטים על-אודות השלכותיהם של מעשי פשע על נפגעי עברה, לרבות מאפייני הטראומה

תיאורטית זו מגובה במחקרים אמפיריים. לעניין הסדריי־טיעון, לדוגמה, נמצא כי כאשר נפגעי העברה נכחו במהלך המשא־ומתן לקראת ההסדר, 86% מהם הסכימו עם ההסדר העונשי.⁶⁴ הסבר לממצאים אלה מספקת תורת המשפט הטיפולי, המזהה את המשפט כסוכן בעל פוטנציאל תרפויטי בעבור קהליו.⁶⁵ גישה זו מעריכה הליכים משפטיים לפי ערכם התרפויטי, הניטרלי או האנטי־תרפויטי.⁶⁶ ערך זה יכול שיהיה ביחס לקהילה, ביחס לנפגע או ביחס לעבריין עצמו.⁶⁷ מוטיב מרכזי בתורת המשפט הטיפולי הוא הצורך בשמיעת עמדתו של הנפגע, כפעולה מאששת ומעצימה המשיבה לנפגע תחושת כוח ושליטה.⁶⁸ גם גישת הצדק הפרוצדורלי מדגישה את ההשפעות שיש לשיח מכבד, המאפשר השתתפות ומשקף ניטרליות, על תחושת שביעות־הרצון של הצדדים בהליך המשפטי.⁶⁹ אם נקשר זאת לבסיס

הנלווית לסוגים שונים של פגיעות. שמיעת הקורבן והשתתפות משמעותית שלו בהליך יתרמו לידע של השופט ולהבנתו בדבר מורכבותן של הסוגיות שבהן הוא דן, יסייעו בהליך השיפוט ובחשיפת האמת ויתרמו לתחושת הנפגע. Bibas מטעים כי הדרך המיטבית לשקם נפגעים חסרי כוח היא להעניק להם תפקיד משמעותי יותר בהליך הפלילי הנוגע בעניינם. בירור הסכסוך הוא הזדמנות להישמע, לספר את הסיפור, להתווכח, להאזין, ללמד וללמוד. ראו Bibas, לעיל ה"ש 22, בעמ' 86.

ראו: Karen Gorbach Rebrovich, *Factors Affecting the Plea-Bargaining Process in Erie County: Some Tentative Findings*, 26 BUFF. L. REV. 693 (1976–1977). זאת ועוד, 64

לעניין ההתנגדות הטכנית בדבר השיהוי שמעורבותם של נפגעים בהליך עלולה לגרום, מחקר מוקדם שנערך בטרם נחקק חוקי זכויות נפגעים מצא כי תיקים נסגרו מהר יותר דווקא מקום שנפגעים היו מעורבים בהליך מיוחד להסדר קדם־משפט. ראו: Wayne A. Krestetter & Anne M. Heinz, *Pretrial Settlement Conference: Evaluation of a Reform in Plea Bargaining*, 13 LAW & SOC'Y REV. 349, 365 (1979).

ראו: DAVID B. WEXLER & BRUCE J. WINICK, LAW IN A THERAPEUTIC KEY: DEVELOPMENTS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE (Durham 1996); דיוויד ב' וקסלר "תורת המשפט הטיפולי: 65

סקירה" מחקרי משפט כו 367 (2010).

ראו Erez, Kilchling & Wemmers, לעיל ה"ש 20. 66

WEXLER & WINICK, לעיל ה"ש 65; וקסלר, לעיל ה"ש 65. 67

Bruce J. Winick, *A Therapeutic Jurisprudence Analysis of Sex Offender Registration and Community Notification Laws*, in PROTECTING SOCIETY FROM SEXUALLY DANGEROUS OFFENDERS: LAW, JUSTICE, AND THERAPY 213 (Bruce J. Winick & John Q. LaFond eds., 2003). למחקר אמפירי המלמד 68

על הפוטנציאל המעצים הגלום בשמיעת הנפגע, בהסתמך על הפגיעה שחוו נפגעים אשר למדו באיחור על הסדריי־טיעון שנחתמו מבלי לשתפם בתהליך, ראו: Edna Erez, Peter R. Ibarra & Daniel M. Downs, *Victim Welfare and Participation Reforms in the United States: A Therapeutic Jurisprudence Perspective*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 15 (Edna Erez, Michael Kilchling & Jo-Anne Wemmers eds., 2011).

Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, 62 J. SOC. ISSUES 307 (2006). קריאות התמיכה באימוץ הליכים של צדק מאחה, הנשמעות 69

בעולם בשני העשורים האחרונים, נובעות, בין היתר, מן הניסיון האמפירי שהצטבר בקרב

שהנחנו, נטען כי מכוח האמנה החברתית, מכוח הזכות לכבוד ומכוח המונופול על ההליכים הפליליים שהמדינה נטלה לעצמה – קמה חובתה החוקתית כלפי האזרחים נפגעי העבירות למנוע פגיעה משנית בהם, ואולי אף לקדם את שיקומם.⁷⁰

לסיכום, על בסיס טענה זו, גם אם מאמצים את הגישה המצמצמת ומניחים כי אין זה מחובתה של המדינה להגן על האזרח מפני פגיעה על־ידי צד ג, ברי כי חלה על המדינה חובה למנוע פגיעה משנית שלה בקורבן לאחר שהאחרון כבר נפגע מידי צד ג במסגרת ביצוע העברה. חובתה למנוע פגיעה נפגעת המסוים במסגרת ההליך הפלילי נובעת, בראש ובראשונה, מן העובדה שבהליך הפלילי מתקבלות החלטות הנוגעות במישרין בנפגעים, ובהינתן המונופול שנטלה לעצמה המדינה בניהול ההליך, הנפגעים חשופים לפגיעה ככבודם ולא־ישיתופם בהליכי קבלתן של החלטות אלה. התנהלות זו של המדינה מהווה שימוש בהם כאמצעי בלבד. מניעת פגיעה משנית בקורבן פירושה שמירה על כבודו, על שלומו ובטחונו ועל פרטיותו במסגרת ההליך הפלילי, בכפוף להוראותיה של פסקת ההגבלה. שמירה על כל אלה תבוא לידי ביטוי גם על־דרך מתן זכויות חיוביות, כגון הזכות למידע, זכות הטיעון וזכות השימוע.

(ב) הצורך להגן על זכויותיהם של נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים

ההצדקה השנייה לנחיצותו של עיגון חוקתי לזכויותיו הפרוצדורליות של נפגע העברה היא היות הנפגעים קבוצת מיעוט פוליטי. תיאוריה אינסטרומנטלית מריטוקרטית⁷¹ העשויה להיות לרוונטית להצדקת ההכרה בהקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם הפרוצדורליות של

נפגעי עברה (כמ־גם בקרב נאשמים). ניסיון זה מלמד על אכזבה מן ההליך הפלילי, הנחווה כהליך מחליש (במקום מעצים) שאינו נותן מענה לצורכיהם של הקהלים המעורבים בו. ראו: Hadar Dancig-Rosenberg & Tali Gal, *Restorative Criminal Justice*, 34 *CARDOZO L. REV.* 2313 (2013).

70 ה"שימוש" שהמדינה עושה בנפגע העברה לצורך אכיפת החוק, זיקתו הישירה של הנפגע לתוכנן של החלטות המתקבלות במסגרת ההליך הפלילי והמונופול שיש למדינה בניהול ההליך הפלילי (אשר מונע מן הנפגע את האפשרות להפעיל את כוחו כדי לבוא חשבון עם הפוגע) מסבירים יחדיו מדוע דווקא נפגעי עברה – במובחן מקבוצות אחרות, כגון עדים שאינם נפגעי עברה – ראויים לזכות חוקתית שנגזרת מן הזכות לכבוד ואשר נדרשת כדי לקיים את הכבוד. לביקורת היוצאת נגד עיגון זכויות נפגעים בחוקה על בסיס הכרה בזכויות־יסוד מהותיות המוקנות להם, בטענה שקשה להצדיק הקניית זכויות כאלה לנפגעי עברה תוך הימנעות מהקנייתן גם לאחרים שנגרם להם עוול על־ידי צד שלישי או לאחרים שבאו במגע עם הרשויות, ראו Henderson, לעיל ה"ש 37, בעמ' 397.

71 ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239, 248–249 (2010). הראל מבחין בין תיאוריות אינסטרומנטליות מריטוקרטיות לבין תיאוריות אינסטרומנטליות שאינן מריטוקרטיות. תיאוריות המשתייכות לקבוצה הראשונה מניחות כי בית־המשפט צפוי לממש ערכים חוקתיים באופן מוצלח במיוחד, משום יכולתם העדיפה של שופטים להחליט החלטות בתחומים מסוימים, כגון זכויות אדם. תיאוריות המשתייכות לקבוצה השנייה אינן מניחות כי שופטים מחליטים החלטות טובות יותר ככלל, אך נשענות על התוצאות החיוביות הנלוות

נפגעי עברה היא התיאוריה שפיתח John Hart Ely.⁷² תיאוריה זו משקפת תפיסה מצמצמת ושמרנית באשר להיקף הביקורת השיפוטית,⁷³ ומבוססת על הצורך לשמור על זכויותיהן של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג או כוח בהליכים פוליטיים. לגישתו של Ely, תכליתה של החוקה היא להגן על הדמוקרטיה ועל זכות ההשתתפות הדמוקרטית.⁷⁴ תכליתה של הביקורת השיפוטית היא לוודא כי בתהליכי קבלת החלטות מובאים בחשבון האינטרסים של כל אחת מן הקבוצות המרכיבות את החברה, לפי חלקן היחסי, כפי שנדרש בדמוקרטיה מהותית. קבוצות מעוטות כוח פוליטי חשופות לסיכון גבוה יותר של ייצוג חסר, הפליה ודעות קדומות בהליכי ההשתתפות הדמוקרטיים, ולפיכך חלקן בהקצאת הסיכונים החברתיים עלול להיות גדול מחלקן באוכלוסייה ואילו חלקן בטובין החברתיים עלול להיות נמוך מחלקן באוכלוסייה. הקושי להשתלב בקואליציה ולהיות שותפים בתהליכי קבלת ההחלטות, משום מעמדן כקבוצות לא-מאורגנות או בלתי-מיוצגות מבחינה פוליטית, הוא שמצדיק ביקורת שיפוטית. על בית-המשפט לדרוש הצדקה חזקה מן המדינה במקרים שבהם נדמה כי רשויותיה הקצו סיכויים או סיכונים באופן מפלה או מרע כלפי קבוצת מיעוט המבקשת לממש את זכויותיה, וזאת על-מנת לוודא כי הקצאה זו אינה נובעת מכשלים או מהטיות בהליכי ההשתתפות.

לביקורת שיפוטית (כגון טיוב איכותו של הדיון הציבורי או השתתפות מחלוקות המונעת חוסר יציבות פוליטית).

JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 73–101 72
(1980).

73 כאמור, אחד השיקולים להקניית מעמד חוקתי לזכויות הוא הצורך להבטיח ביקורת שיפוטית על פגיעה בזכויות אלה. ביקורת שיפוטית גררה אחריה האשמות כי היא אנטי-דמוקרטית. מכיוון ששופטים אינם נבחרים על-ידי הציבור, החלטה שיפוטית לפסול חוק נתפסת בקרב מתנגדי הביקורת השיפוטית כפוגעת בזכות ההשתתפות הפוליטית. הפילוסוף הפוליטי Jeremy Waldron רואה בזכות זו את הבסיס להתקפתו על הביקורת השיפוטית. לגישתו, מחלוקות ביחס להיקף הזכויות ולעוצמתן צריכות להיות מוכרעות על-ידי האזרחים בהליכי ההשתתפות הדמוקרטיים. ביקורת שיפוטית פוגעת אפוא בזכות-היסוד של האזרחים להשתתף בהחלטות על היקף הזכויות ועל עוצמתן. ראו: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT: 232 (1999); Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, OXFORD J. L. STUD. 19, 24 (1993). לביקורת ברוח דומה בישראל ראו רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69, 93–94, רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים (2000). אל מול דעה זו ביקשו תיאורטיקאים שונים להצדיק את מוסד הביקורת השיפוטית. לסקירה ולטיפולוגיה של תיאוריות שונות המצדיקות ביקורת שיפוטית ראו הראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 246–253; גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 128–135. תשובה נפוצה של חסידיו הביקורת השיפוטית לטיעון הדמוקרטי בדבר פגיעה בזכות ההשתתפות הפוליטית היא שביקורת שיפוטית הינה מכשיר להבטחת תוצאות ראויות או נכונות. לתמיכה בעמדה זו ראו, למשל: RONALD DWORIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 34 (1996); ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION 5 (2006).

Ely, לעיל ה"ש 72, בעמ' 74.

מעניין שבכתיבה הוקדש דיון נרחב לבחינת מצבם היחסי של נאשמים בהליך הפלילי.⁷⁵ נטען כי קבוצת הנאשמים סובלת לא אחת מדעות קדומות ומיכולת מוגבלת לזכות בייצוג הולם בכנסת ביחס ליכולתן של קבוצות אחרות בחברה.⁷⁶ אל קבוצת הנפגעים התייחסו כאל אותן "קבוצות אחרות" הנהנות מייצוג הולם בכנסת, על בסיס התפיסה כי האינטרס של הכלל, המיוצג על־ידי התביעה הכללית והפרקליטות המשתתפות בהליכי החקיקה בכנסת, משקף את האינטרסים של קבוצות הנפגעים השונות.⁷⁷ במשך שנים נתפס האינטרס של נפגעי העברה ככזה שנבלע באינטרס הציבורי.⁷⁸ אולם בפועל, במקרים רבים עמדת הפרקליטות אינה מייצגת את האינטרס של נפגעי העברה.⁷⁹ האינטרס של נפגעי העברה

75 ראו, למשל, יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא־נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" *משפט וממשל* י 571 (2007).

76 שם.

77 שם. ראו גם גזל־אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 133, ליד ה"ש 95, אשר סבורים אומנם כי לא כל קבוצות הנפגעים נהנות מכוח המאפשר להן לגבור על נאשמים מבחינת הייצוג בהליכים הפוליטיים, אך מסכימים כי באופן כללי האינטרס של הכלל מבטא את האינטרסים של כל קבוצות הנפגעים השונות. לטיעון החולק על ההנחה שלפיה האינטרס הציבורי, המיוצג על־ידי התביעה, משקף את האינטרסים של נפגעי העברה ראו להלן חלק א2(א), העוסק בנחיצותו של עיגון חוקתי לנוכח שיקול־הדעת הרחב של התביעה. Paciocco מתנגד לטענה כי נפגעי עברה הינם מיעוט פוליטי הזקוק להגנה חוקתית מפני רוב עוין, משום שלדבריו ציבור הנפגעים דווקא זוכה באמפתיה, בזמן שכלפי ציבור החשודים והנאשמים מופנים בוז ותחושת סלידה. זהו, לדעתו, ההסבר ההיסטורי להולדתן של זכויות חוקתיות לנאשמים: עקב אי־האהדה כלפיהם, הם נתפסו פגיעים במידה שהיה בה כדי להצדיק מתן הגנה חוקתית. ראו: David M. Paciocco, *Why the Constitutionalization of Victim Rights Should Not Occur*, 49 Crim. L.Q. 393, 404–405 (2004–2005).

78 התפיסה שלפיה האינטרס של הנפגע נבלע באינטרס הציבורי, המיוצג על־ידי התביעה, השתקפה למשל, באופן מסורתי, בשלב הענישה. בעבר לא היה אפשר למצוא כמעט התייחסות של בית־המשפט לאינטרס הפרטי של נפגע העברה כאל שיקול נפרד מן האינטרס הציבורי הכללי בשלב הענישה, מעבר להנחות כלליות בדבר אופיו של הנזק הנגרם בשל פגיעה מסוימת, דוגמת פגיעה מינית. האינטרס של הנפגע נבלע במה שכונה על־ידי בית־המשפט "חומרת העברה", ורק לעיתים רחוקות הובאו ראיות בנוגע לנזק הספציפי. ראו דנציג־רוזנברג ופוגין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 612. גם בספרות הוצגו לא אחת נפגעי עברה, בהכללה, כסוכני נקמה המבקשים להשית על הנאשם עונש חמור, לצד הפרקליטות המבקשת להחמיר בענישה בשם האינטרס הציבורי. להצגה חר־ממדית של נפגעי עברה כמי שחותרים לענישה חמורה ודרקונית ראו, למשל: Heidi M. Hurd, *Punishment and Crime: Expressing Doubts About Expressivism*, U. Chi. Legal F. 405, 408 (2005).

79 ניגודי אינטרסים כאמור מתגלעים למשל, באופן טיפוסי, בהקשרים של הסדר־טיעון, עיכוב הליכים ויישום הוראותיו של חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העברה, התשס"ה–2004, ס"ח 6. במקרים אלה התביעה נוקטת לא אחת עמדה הנתפסת כמקילה בעיניהם של נפגעי העברה. מקרים הפוכים, שבהם נפגעת עברה עשויה לנקוט עמדה מקילה בהשוואה לתביעה, מתגלעים לעיתים בשלב הענישה, כאשר נפגעת העברה מבקשת להקל בעונשו של קרוב־משפחה שביצע בה עברות מין בילדות או של כן־זוגה האלים.

הינו רק שיקול אחד מני רבים המנחים את מדיניותה של התביעה הכללית. דווקא על רקע ניגוד האינטרסים הקיים לעיתים בין עמדת הנפגע לבין עמדת הפרקליטות, נפגעי עברה סובלים באופן מסורתי ושיטתי מתתייצוג בהליכי ההשתתפות הפוליטיים.⁸⁰ קבוצות חברתיות בעלות כוח פוליטי לא-מבוטל משתתפות בהליכי החקיקה, אך המרכזיות מביניהן אינן מקדמות אינטרסים של נפגעי עברה. כך, למשל, לשכת עורכי-הדין דואגת להשמיע את קולה בהליכי החקיקה, אך משקפת ככלל עמדות פרו-סנגוריאליות.⁸¹ גם האגודה לזכויות האזרח, שהיא הארגון המרכזי העוסק בזכויות אדם, לא פעלה כלל לקידום זכויותיהם של נפגעי עברה. זהו תחום בולט, כמעט יחיד, שבו אין לפעילות האגודה דריסת-רגל.⁸² עמדותיה של האגודה משקפות ככלל תמיכה בקידום זכויות נאשמים. יתרה מזו, קיימת א-סימטרייה ברורה בכל הנוגע בייצוג נאשמים בהליכי השתתפות פוליטיים בהשוואה לייצוג נפגעי עברה בהליכים אלה, משום קיומה של הסגוריה הציבורית, אשר משתתפת באופן עקבי בהליכי חקיקה ונהנית ממעמד של רשות מדינתית הזוכה במימון מוסדי מלא. בישראל רוב נפגעי עברה אינם זוכים בייצוג או בתמיכה מוסדית מדינתית.⁸³ גם לעניין המשפט המהותי וגם לעניין הפרוצדורה, כל עוד אין לנפגעים ייצוג ממשי בכנסת, המערכת הפוליטית עלולה להיות מוטה נגד מתן זכויות לנפגעים, ולא להביאם בחשבון

- 80 נדמה כי דווקא מאבקים ספציפיים של קבוצות נפגעים מזוהות, דוגמת נפגעי עברות מין, הם בגדר חריג המעיד על הכלל, וניכרת אי-נוכחותן של קבוצות נפגעים שלמות שיש להן אינטרס חשוב בקידום זכויות, דוגמת נפגעי עברות מרמה. על כך מיתוסף ביסוס מחקרי המורה כי נפגעי עברות הנמנים עם אוכלוסיות מוחלשות נפגעים מידי מערכת המשפט באופן שיטתי. ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352.
- 81 ראו, למשל, את עמדתה של לשכת עורכי-הדין בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי באר-שבע, דינים עליון 2006(57) 1286. הלשכה, שהייתה בין המשיבות לעתירה לביטול הלכת קינזי לצד הסנגוריה הציבורית, מתחה בתקשורת ביקורת חריפה על החלטת בג"ץ לבטל את ההלכה, בטענה כי החלטה זו פוגעת בזכויות נאשמים להליך הוגן, ומצטרפת בכך לשורה של פגיעות המצמצמות את זכויותיהם של נאשמים במלחמה על חפותם בבתי-המשפט בישראל. ראו את כתבתו של ניר חסון "בג"ץ ביטל הלכת קינזי – ומנע שחרור חשודים ברצח" הארץ 7.10.2006 1.1143131 www.haaretz.co.il/misc/1.1143131.
- 82 מבירור שערכנו עולה כי נכון למועד כתיבתן של שורות אלה (1.8.2013), האגודה לזכויות האזרח מעולם לא הגישה בקשת הצטרפות כידיד בית-המשפט בתיקים שבהם עלו לדין זכויותיהם של נפגעי עברה. ראו בהמשך, במסגרת דיוננו בזכות החוקתית להליך הוגן (בתת-פרק 1), את תיאור התפתחותה של ההכרה בזכויות נפגעים כזכויות אדם.
- 83 בארצות-הברית, לעומת זאת, קיימת במשרד המשפטים מחלקה האחראית לייצוג נפגעים – Office for Victims of Crime. במשרד המשפטים בישראל אין גוף מקביל, אם כי לאחרונה הוקמו יחידות סיוע בפרקליטות המחוז ובפרקליטות המדינה האחראיות ליישום חוק זכויות נפגעי עברה ולעמידה בקשר עם נפגעי עברה. Henderson שוללת הכרה בזכויות חוקתיות של נפגעים בארצות-הברית, בטענה כי נפגעים הצליחו במאבקים לשינוי חקיקה, מה שמלמד כי הם אינם קבוצה נרדפת או מיעוט שהשתתפותו בהליך נחסמה. ראו Henderson, לעיל ה"ש 37, בעמ' 400. לדעה דומה, הגורסת כי נפגעים אינם מיעוט לא-פופולרי הזקוק להגנה מפני רוב עוין, ראו Paciocco, לעיל ה"ש 77, בעמ' 405.

כבואה לערוך תיקונים בחקיקה קיימת.⁸⁴ זאת ועוד, בישראל, בעוד הסנגוריה הציבורית, כגוף המייצג רבים מן הנאשמים, יכולה לקבץ מידע לגבי הנעשה בתיקה, פיזורם של הנפגעים גורם להחלשת כוחם ולחוסר יכולת להתבונן על התמונה בכללותה. קיימים כיום ארגונים וולונטריים העוסקים בקידום זכויות נפגעים, אך ארגונים אלה משתייכים לרוב למגזר השלישי, ואין להם גיבוי מוסדי מדינתי. העדר תמיכה תקציבית מספקת והעדר מעמד פורמלי של רשות מוסדית מעלים ספקות לגבי יכולתם להשתתף באופן אפקטיבי ומשמעותי בהליכי ההקצאה.⁸⁵ Eikenberry טוען כי עיגון חוקתי של זכויות נפגעים נדרש על־מנת להבטיח את קיומן של זכויות אלה באקלים פוליטי שכפוף לשינויים.⁸⁶ עיגון חוקתי נועד למנוע מרוב אופורטוניסטי את האפשרות להקצות את המשאבים החברתיים או את הסיכונים באופן שמפלה קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג מסודר או פורמלי או פוגע בהן. הנה כי כן, גם לפי התיאוריה המצמצמת של Ely, המציאות הפוליטית המתוארת מחזקת את הצורך בפיקוח על הכנסת, על־מנת לוודא כי התוצרים של הליכי ההקצאה הפוליטיים אינם מוטלים לרעת נפגעי העברה מפאת חוסר הייצוג היחסי שהם סובלים ממנו.

84 בהקשר זה מעניין להתבונן על הניסיון הקנדי. בקנדה לא זכו נפגעי עברה בייצוג בישיבות הוועדה המכוננת המשותפת שעמלה על ניסוח הצ'רטר הקנדי, וזאת משום שבאותה תקופה – תחילת שנות השמונים של המאה העשרים – הייתה תנועת נפגעי העברה בחיתוליה. כך, בהעדר ייצוג, לא נכללו זכויות נפגעים בצ'רטר. ראו: Kent Roach, *Victims' Rights and the Charter*, 49 CRIM. L.Q. 474, 475–477 (2004–2005).

85 לפעילותם של ארגונים וולונטריים העוסקים בקידום זכויותיהם של נפגעי עברה יש חשיבות ניכרת במציאות שבה רבים מן החוקים המעגנים זכויות נפגעים הם פרי יוזמה של ארגונים אלה. אין ספק שפעילותם של ארגונים אלה נשאה פירות חשובים בתחום החקיקה שהעלתה על נס זכויות נפגעים, אך הרבר מבלית ביתר שאת את הצורך בייצוג כזה, שכן אילו לא התקיים הייצוג באופן וולונטרי (קרי, אילו היה הייצוג נתון לחסדי יוזמתם של שחקנים מוסדיים המשתתפים בהליכי ההשתתפות הפוליטיים), ספק אם זכויות שונות המעוגנות כיום בחקיקה אכן היו מעוגנות בה. כדוגמה נזכיר את תהליך חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עברה, אשר בייזומו ובניסוחו היו מעורבים כמה ארגונים שחברו יחדיו ל"קואליציית הארגונים לקידום זכויותיהם של נפגעי עבירה בישראל". דוגמה נוספת היא הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון – הצגת תסקיר לנפגע בעבירת אלימות), התשס"ו–2006, אשר נמסרה על־ידי "נגה – המרכז הישראלי לזכויות נפגעי פשיעה", מייסודה של הקריה האקדמית אונו, לחברת־הכנסת זהבה גלאון, והתקבלה כחוק ביולי 2007. הצעת חוק זו אפשרה לבתי־המשפט להורות על הצגת תסקירי נפגע לא רק בעברות מין, אלא גם בעברות של אלימות חמורה. דוגמה אחרת לחיקוקים שביקשו להרחיב את ההכרה בזכותם של נפגעי עברה, ואשר נוזמו ונוסחו על־ידי ארגון חברתי, הם התיקונים לסייג ההתיישנות בעברות מין שבוצעו בקטין, הקבוע בס' 354 לחוק העונשין, התשל"ז–1977. תיקונים אלה נוזמו ונוסחו על־ידי איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל, וקבעו תקופות התיישנות מיוחדות בעברות מין שבוצעו בקטין, מתוך הכרה כי מניין תקופת התיישנות מיום ביצוע העברה במקרים שבהם היא בוצעה כאשר הנפגע היה קטין מעקר ברוב המקרים את יכולתו הממשית של הנפגע להגיש תלונה במשטרה נגד תוקפו.

86 ראו: Kenneth O. Eikenberry, *Victims of Crime/Victims of Justice*, 34 WAYNE L. REV. 33–36 (1987).

בספרות הובעה הדעה כי החסרונות הנלווים לעיגון של זכויות כבעלות מעמד חוקתי גוברים על היתרונות הנלווים לעיגון כזה.⁸⁷ Waldron, מהתיאורטיקאים המתנגדים לשרוג זכויות לרמה החוקתית, שוטח טיעונים עקרוניים המבקשים לשכנע מדוע אין זה ראוי, ככלל, להקנות לזכויות מעמד חוקתי.⁸⁸ טיעון אחד נשען על הקושי המעשי ביצירת סעיף חדש בחוקה או בעיגונה של זכות, בדרך פרשנית, בסעיף שכבר קיים בחוקה.⁸⁹ במקרה של הכרה בזכויות פרוצדורליות של נפגעי עברה כזכויות חוקתיות נדמה שקושי זה אינו מתעורר. כפי שנציע בחלקו השני של המאמר, אגד הזכויות הפרוצדורליות שראוי לכלול במסגרת הזכות החוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן קשור בטבורו לזכות לכבוד, המעוגנת זה כבר בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁰

טיעון נוסף נשען על החשש שמא זכות שתחסה תחת אחד מסעיפי החוקה הקיימים תהא ככולה לניסוח המילולי של אותו סעיף, והדבר עלול להוות מלכוד לשוני באשר להיקף ולפרשנות הראויים של הזכות עצמה. Waldron מדגים את החשש באמצעות התיקון הראשון לחוקת ארצות־הברית, המגן על חופש הדיבור. ניסוחו מאפשר לביטויים כגון פורנוגרפיה או שרפת הדגל לחסות תחת הזכות החוקתית, אף שספק אם הכוונה המקורית הייתה לתת הגנה חוקתית לביטויים כאלה.⁹¹ יישום טיעון זה על ענייננו מפרך את החשש המתואר. נוקשות מילולית בניסוח הזכות החוקתית לכבוד כזכות הכוללת אגד של זכויות פרוצדורליות לנפגעי עברה אינה יוצרת מלכוד לשוני בנוגע להיקף הזכות, באופן העלול לפרוש הגנת־יתר על פעולות שהמדינה עשויה להסתייג מתחולתן של החוק עליהן, משום שהזכות לכבוד מנוסחת באופן גמיש המאפשר לצקת לתוכה פרשנות ראויה על־פי ההקשר. דווקא בשיטת המשפט הישראלית – שבה הבחינה החוקתית מבוססת על שני שלבים, להבדיל מהמבנה של השיטה החוקתית האמריקנית – עצם הקביעה בדבר קיומה הלכאורי של זכות חוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן אינה שוללת כל אפשרות לפגוע בזכות.⁹² אדרבה, אם הפגיעה

87 ראו, למשל, Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 70.

88 שם.

89 שם, בעמ' 25.

90 ראו להלן את הדיון בחלקו השני של המאמר.

91 Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 26.

92 בארצות־הברית אין ככלל הבחנה חדה בין היקף הזכות לבין גבולות ההגנה עליה. במסגרת הקטגוריה של הזכות, כפי שהיא מוגדרת בלשון החוקה, נפתרות כל השאלות הקשורות אליה. ראו, לדוגמה: Frederic Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 292 (1981). מודל זה אינו מתיישב עם חוק־היסוד הישראליים, שעל־פיהם הסוגיה הראשונה (פירוש של הזכות ושל מהות הפגיעה בה) טעונה דיון משמעותי נפרד מהסוגיה השנייה (מהות התנאים שבהם פגיעה בזכות היא מותרת). אלה, כאמור, מאפשרים לפגוע בזכות בתנאים מסוימים הקבועים בפסקת ההגבלה, כיניהם תכלית ראויה ומידתיות. ממילא, תנאים אלה לפגיעה בזכות אינם רלוונטיים לעצם ההגדרה של הזכות. כך, השאלה אם קיימת תכלית ראויה לפגיעה בערך המוגן על־ידי הזכות, ואם פגיעה נתונה בערך זה היא במידה שאינה עולה על הנדרש, אינה נוגעת, לפי המבנה של חוק־היסוד, בשאלת ההגדרה של הזכות. גם זכויות שקיימת תכלית ראויה להגבלתן ואשר הגבלה נתונה שלהן היא מידתית – לרבות בהיבט של המידתיות הנוגע באיזון שבין הזכות לבין תכלית

תעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא תוכשר ותהא חוקתית.

טיעון שלישי מזהיר מפני חוסר היכולת לשנות את הזכות לאחר שזו עוגנה בחוקה.⁹³ עיגון חוקתי כובל את ידי המחוקק העתידי וציבור בוחריו בדורות הבאים בבואם להשפיע על קביעת הערכים שראוי לתת להם הגנה, אשר עשויים להשתנות בחלוף העיתים. נוקשותה של החוקה וחוסר היכולת להתאים את עצמה לרוחות הנושבות, לנוכה כבילת ידיו של המחוקק העתידי, מעצימים את כוחו של בית־המשפט, בהיותו המוסד שזוכה בסמכות לפרש את החוקה ובכך לעדכנה. לדעת Waldron, מצב דברים זה פוגע באופן חמור בדמוקרטיה האזרחית, שבמסגרתה האזרחים – באמצעות בא־כוחם המחוקק הנבחר – אמורים להיות שותפים מלאים להליכי ההשתתפות הפוליטיים.⁹⁴ לדידו, עיגון זכויות בחוקה משקף יחס של חוסר אמון באזרחים. הצורך לכבול את ידיו של המחוקק העתידי על־מנת להגן על הזכות, וזאת באמצעות עיגון חוקתי, משקף הטלת ספק ביכולתו של האדם להיות סוכן פוליטי הנהנה מאוטונומיה.⁹⁵ התשובה לטיעון זה מצויה, לתפיסתנו, בהנמקה שמספקת התיאוריה של Ely. בני־האדם הם בהחלט יצורים אוטונומיים, אך הם מונעים מאינטרסים שונים. בהליכי החקיקה אינטרסים אלה מקבלים ביטוי ביחס ישר לכוח הפוליטי של קבוצות בעלי האינטרסים השונות. עיגון חוקתי נועד כאמור למנוע מרוב אופורטוניסטי את האפשרות להקצות את המשאבים החברתיים או את הסיכונים באופן הפוגע בקבוצות מיעוט. בכך אין כדי לשקף חוסר אמון באזרחים, כי אם להבטיח חלוקה צודקת של הכוח הפוליטי. נוסף על כך, עיגון זכויות ברמה החוקתית אינו מחייב לפרוט את הזכויות לתכנים קונקרטיים העלולים ליצור מרחב כובל. עיגון הזכויות בחוקה צריך שיעשה באופן כללי, כך שיתווה שלד עקרוני. את התכנים עצמם יהיה אפשר לצקת בדברי חקיקה ברמה התת־חוקתית ובאמצעות פרשנות של בתי־המשפט. מעניין שכך אכן נוצרו ופותחו זכויות נאשמים במשפט האמריקני. הזכות להליך הוגן קיבלה ביטוי מעשי בפסיקה ובדברי חקיקה תת־חוקתיים.⁹⁶

(ג) הצדקה סמלית־חינוכית

ההצדקה השלישית למתן מעמד חוקתי לזכויות נפגעי עברה נעוצה במימד החינוכי, הסמלי, הטבוע במעמד חוקתי, כמבטא את חשיבות הזכות בעיני יוצריה ומפרשיה, קרי, רשויות החוק והמשפט. ההתייחסות לערך חינוכי כמצדיק הקניית מעמד חוקתי לזכויות אינה מכוונת להשגת תכליות תועלתניות (אף שהיא עשויה להוביל, כתוצר־לוואי, גם להגשמתן

הגבלתה – עשויות, לפי המודל המקובל בישראל, להיכנס לגדר זכות חוקתית. להשוואה בין המודל הישראלי לבין זה האמריקני ראו אריאל בנדור והדר דנציג־רוזנברג "עבירות פליליות וזכויות חוקתיות" (צפוי להתפרסם במשפט וממשל, 2015).

93 Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 27.

94 שם, החל בעמ' 36.

95 שם.

96 ראו בהמשך דיון רחב בזכות להליך הוגן. להתפתחות במשפט האמריקני שבמסגרתה פורשו זכויות נפגעים במדינות שבהן הוכרו זכויות אלה בחוקות ראו Beloof, *The Third Wave of*

Crime Victims' Rights, לעיל ה"ש 4, בעמ' 269.

של תכליות תועלתניות, דוגמת אכיפה מוגברת); עניינה הוא עצם המסר הגלום בהעלאתה של זכות לדרגה חוקתית.

שיקולים חינוכיים או סמליים מוכרים בספרות ובפסיקה כמצדיקים הקניית מעמד חוקתי לזכויות.⁹⁷ Grimm מדגיש את ערכה הסמלי של חוקה אל מול ערכה המשפטי גרידא, תוך הבחנה בין תפקידה הנורמטיבי של חוקה לבין תפקידה האינטגרטיבי, המאחד, כמנחילה ערכים משותפים לקהילה.⁹⁸ לטענתו של Grimm, לחוקה יש ערך אינטגרטיבי רק מקום שנלווה לה מימד סמלי, קרי, כאשר היא משקפת ערכים ושאיפות בסיסיים בחברה הנתונה, כאשר היא מציעה לציבור ערכים אטרקטיביים מספיק להזדהות איתם, וכאשר החברה עצמה תופסת כך את החוקה.⁹⁹ שיקולים חינוכיים הינם חשובים הן מטעמים דאונטולוגיים הן מטעמים תועלתניים. בהקשר של נפגעי עברה חשיבותם של שיקולים סמליים משמעותית לא רק משום תרומתם האפשרית לחיזוק האכיפה על-ידי הרשויות המנהליות, אלא גם משום השפעתם על הקהילה ועל נפגעי העברה כקהל-יעד בפני עצמו. מסרים הנלווים לעיגון חוקתי של זכויות נפגעים מדגישים לציבור את האחיות החברתית כלפי מי שנפגעו מביצוע עברה. קיבוע מעמדן של הזכויות כבעלות מעמד-על – מעמד חוקתי – טומן בחובו מסר משל עצמו בדבר חשיבותו של הנפגע לקהילה כולה. בהקנתה מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה, מערכת המשפט מעבירה מסר לכלל הגורמים הרלוונטיים, שמשמעותו הכרה בלגיטימיות של התייחסות-הגומלין עם הנפגע ובחשיבות הביטוי הסובייקטיבי של התחושות המוסריות שהעברה מעוררת אצל הנפגע.¹⁰⁰ חשיבותו של מסר זה מתעצמת

97 ראו, למשל, Paciocco, לעיל ה"ש 77, בעמ' 403; גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 129-128; וכן בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פס"ח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.4.2011) (שם נאמר, לעניין חשיבותה של השלמת החוקה גם במשטר מעין-חוקתי, כי "חוקה שלמה תשרג ותעצים במישור החינוכי ובראייה לדורות, ועל כן ראוי לה שתבוא לעולם").

98 ראו: Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, 3 INT'L J. CONST. L. 193 (2005). בדומה לרעיון המקודם כאן, ובהתייחסו לרעיון של חוקה אירופית, מציין Grimm כי הקריאה לכינון חוקה כזו, ולא לאמנות נוספות, אינה קשורה לצורך משפטי כלשהו, אלא לטבע האינטגרטיבי האפשרי של חוקה. לחוקה יש קונוטציה חיובית, היא יכולה לעורר תמיכה, ויש לה יתרונות קולקטיביים משמעותיים. ראו שם, המקורות בה"ש 11.

99 שם, ליד ה"ש 11-12. הדבר תלוי בתפיסת החוקה כ"טובה". בהקשר זה ניתן להזכיר, כדוגמה, את הסעיף בחוקת קליפורניה העוסק בזכויותיהם של נפגעי עברה, אשר ניכר כי ניסוחו מעיד בריוק על הכוונה להדגיש את הזדהותם של האזרחים עם החוקה: CAL. CONST. art 1. sec. 28(1): "...The rights of victims of crime and their families in criminal prosecutions are a subject of grave statewide concern". לא ניכנס כאן כלל לשאלות בדבר היחס בין חוקה לבין זהות האומה, ובדבר פרשנות החוקה על רקע יחס זה, בעיקר בחברות הטרוגניות. לדיון בנושא זה ראו: Mark Tushnet, *How Do Constitutions Constitute Constitutional Identity?*, 8 INT'L J. CONST. L. 193 (2010).

100 חשיבותם של מסרים העוברים באמצעות המשפט מוכרת היטב גם במישור התת-חוקתי, ועומדת בבסיסה של התיאוריה האקספרסיבית. הקשר פלילי בולט שבמסגרתו פותחה התיאוריה האקספרסיבית ויושמה הוא שלב הענישה, בהיות העונש כלי להעברת מסרים של גינוי מעשיו של העבריין וסלידה מהם. ראו, למשל: Dan M. Kahan, *The Anatomy of*

במציאות שבה זכויותיהם של נפגעים אינן נאכפות באופן מספק, כפי שיתואר בהמשך.¹⁰¹ במצב של תת־אכיפה המסר המועבר לכלל קהילי של המשפט הפלילי הוא כי נפגעי העברה אינם חשובים למערכת המשפט. על־פי ההצדקה הסמלית־ההצהרתית, הקניית מעמד חוקתי לזכויות נפגעים עשויה לסכל מסר כאמור, ולהעביר תחתיו מסר פוזיטיבי.

חשיבותו של המסר הנלווה למימוש הזכות להליך הוגן, באופן ספציפי, הוכרה בהקשר רחב יותר, לא רק כלפי הקהילה המקומית בחברה נתונה. Burke Robertson מדגישה את חשיבות מימושה של הזכות להליך הוגן במערכת המשפט האמריקנית כמעבירה מסר כלפי הקהילה העולמית על־אודות מערכת המשפט המקומית: "בתודעה האמריקנית, ההליך המשפטי אינו רק אמצעי המשמש אותנו ליישוב סכסוכים בין פרטים; זהו מנגנון שבאמצעותו אנו מציגים לעולם משהו בדבר אמונותינו, ערכינו ותפיסתנו בנוגע לעצמנו ובנוגע לחברה

Disgust in Criminal Law, 96 MICH. L. REV. 1621 (1998). בכתיבה קודמת פיתחנו, על בסיס עבודתה של Diane Whiteley, את ההצדקה לשמיעת קולו של הנפגע כשיקול שיש להביא בחשבון בין שיקולי הענישה, משום התחושות המוסריות העולות בעקבות מעשה העברה אצל הנפגע הפרטני ובקרב הקהילה בכללותה. הנפגע הוצג על־ידינו כיעד למסרים ובו־בזמן כבעל מסרים משל עצמו. ראו דנציג־רוזנברג ופוג'ן, לעיל ה"ש 29; Dancig-Rosenberg & Pugach, לעיל ה"ש 18. אולם השלכותיה של התיאוריה האקספרסיבית על המשפט הפלילי משתרעות מעבר לשלב הענישה; המסרים עוברים בין הקהלים השונים בכל שלבי המשפט, ואף לפניו, מרגע ביצוע העברה: מהפוגע אל הנפגע ואל הקהילה בעצם מעשהו; מהקהילה אל הפוגע ואל הנפגע באמצעות המשפט; ומהנפגע עצמו, המעביר את מסריו אל הפוגע ואל הקהילה. לכתיבה מוקדמת שמתארת את שלל תפקידיו של הציבור בהליך הפלילי, ואשר מציעה לראות בו קהל נפרד ממערכת המשפט ומהנאשם בכל הנוגע במסרים העוברים בנושא ההליך ההוגן, ראו: Judith Resnik, *Due Process: A Public Dimension*, 39 FLA. L. REV. 405, 407–408 (1987). הזכויות הפרוצדורליות מושא מאמר זה הן הכלים המאפשרים העברת מסרים מורכבת זו גם במישור התת־חוקתי. כפי שנפרט בהמשך, האגד של זכויות ההליך ההוגן הוא בבסיסו סך הזכויות המאפשרות לנפגע העברה לקבל מידע ולהשמיע קול בנקודות הקריטיות לאורך ההליך הפלילי. הקהילה, באמצעות תמיכתה בזכויות הללו, מאששת את זכותו של הנפגע להשמיע את קולו האישי, ופותחת את עצמה, כקהל, לשמיעת קול זה. הנפגע עצמו, באמצעות מימוש הזכות, מעביר את המסר האישי שלו לפוגע ולקהילה. מערכת המשפט פועלת כמתווך בין הגורמים השונים הללו. היא מספקת את אמצעי הקומוניקציה ואת ררכי העברת המסרים ביניהם, ואף מכוננת קהלי־יעד נוסף ובעל חשיבות – אנשי מערכת המשפט. בנוטלה לעצמה את המונופולין על ניהול המשפט הפלילי, המדינה הנפכת לאחראית לא רק לתוכן המסרים (הגינוי הגלום במשפט הפלילי), אלא גם לעצם הקניית היכולת להעביר מסרים לכל אחד מן הקהלים. כמנהלת ההליך, היא מחויבת לדאוג למימוש זכותו של הנפגע להעביר את מסריו – הן באמצעות שמיעת קולו, כתובעת וכשופטת, הן באמצעות העברת מידע ממנה אליו. המימד הסמלי חשוב ביתר שאת בהליך הפלילי, משום טיבו הציבורי של המשפט הפלילי, המתיימר לפעול "בשם הציבור".

101 ראו להלן את הדיון בחלק 2(ב).

שלנו.¹⁰² זכויות ההליך ההוגן משקפות ומעבירות אפוא מסר בדבר זהות לאומית, סולם ערכים קיבוצי והדרך שבה אנו תופסים את עצמנו או מעוניינים להיתפס עלידי אחרים. בד בבד מתקיימת זיקה בין ההצדקה החינוכית הטהורה לבין תועלות שמערכת המשפט עשויה להפיק ממתן מעמד-על לזכויות נפגעים. כך, מבחינה תועלתנית ניתן לטעון כי מסרים חזקים בדבר חשיבות השמעת קולו של הנפגע משפיעים על נכונותו של נפגע העברה לשתף פעולה עם רשויות האכיפה ולפנות לקבלת מזור ממערכת המשפט הפלילי. מסרים חזקים כאמור מקנים תחושה כי החברה נוטלת אחריות ומוכנה להכיר – באמצעות עיגון חוקתי של זכויות – במקומו ובמעמדו של הנפגע כגורם בעל עניין יסודי בניהול ההליך הפלילי נגד מי שנחשד או מואשם בפגיעה בו. ולהפך – מקום שאין שיתוף נפגעים, הללו מרגישים פגועים, וסביר להניח שהם לא ימהרו לשתף פעולה עם המערכת.¹⁰³

הנחה דומה ליוותה את תהליך ההכרה בזכויותיהם החוקתיות של נאשמים – תהליך שהתלוותה אליו רטוריקה הצהרתית ברורה בדבר חשיבותם של הערכים המיוצגים באמצעות זכויות אלה.¹⁰⁴ כך, למשל, ניתן להבין גם את דבריו של השופט לוי בפרשת פרחי, בסוקרו את הזכות להליך הוגן כמשמעותה בהקשר של נאשמים: "בהגנה על הזכות להליך הוגן קיים גם אינטרס ציבורי הנוגע לאמון הציבור בטהרת הליכי המשפט ולידיעתו – בהיות כל אדם נאשם פוטנציאלי – כי הוגנות ההליך הפלילי נתונה לשבט הביקורת השיפוטית...".¹⁰⁵

אמון הציבור חשוב אומנם גם מבחינה תועלתנית, אולם קיים גם פן הצהרתי בעל ערך אינטרינזי משלו – המסר העובר לציבור כולו מקיומן (או מאי-קיומן) של זכויות בהליך הפלילי. האם אמון הציבור ברשויות אינו חשוב דיו כשלעצמו, בהיתן שכל אדם עלול ליפול קורבן לעברה ועל-כן מעוניין להיות מובטח שרשויות המשפט ידאגו למימוש זכויותיו אם יקרה תרחיש זה? האין זה חיוני להעביר, לקהילה במדינת-ישראל כמו-גם לעולם, מסר המכיר בחשיבות שמיעת קולו של הנפגע? דומה כי פרשה דוגמת הדרתם של בני משפחתה של שחר גרינשפן, אשר נפגעה בתאונת-דרכים, מן ההליכים נגד הפוגע מדגימה בצורה הקשה ביותר את ההד הציבורי למסר בדבר התעלמות המדינה מהנפגעים.¹⁰⁶

- 102 ראו: Cassandra Burke Robertson, *Due Process in the American Identity*, 64 ALA. L. REV. 255, 262 (2012) (התרגום שלנו – ה' ד"ר וד' פ'). בשנים האחרונות נשמעים טיעונים מעין אלה בעיקר בהקשר של השאלה אם אפשר לוותר על זכויות להליך הוגן משיקולים של הגנה על בטחון המדינה. ראו: Robert N. Strassfeld, *Responses to Ten Questions*, 37 WM. MITCHELL L. REV. 5133, 5148 (2011).
- 103 למחקר אמפירי שתומך בחשיבותה של זכות השימוע, ואשר מצביע, למשל, על הפגיעה בנפגעים שלמדו באיחור על הסדר-טיעון שהם לא שותפו בהם, ראו Erez, Ibarra & Downs, לעיל ה"ש 68.
- 104 ראו Burke Robertson, לעיל ה"ש 102; Strassfeld, לעיל ה"ש 102.
- 105 ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.8.2011).
- 106 ראו בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012).

2. הצדקות בעלות אופי מעשי להקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה

לשלוש ההצדקות העקרוניות האמורות להקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם של נפגעי עברה אנו מציעות לצרף שתי הצדקות נוספות – בעלות אופי מעשי – שאינן אוניורסליות, אלא חלות רק בישראל ובשיטות קרובות. הצדקות אלה הן, ראשית, שיקול־הדעת הרחב של התביעה, ושנית, התת־אכיפה של זכויות נפגעי עברה ככל שאלה מעוגנות בחקיקה רגילה. הצדקות אלה אינן בעלות מימד עקרוני, שכן יסודן באופייה הקיים של המערכת, שאותו ניתן לכאורה לשנות גם בלא שימוש בכלים חוקתיים. עם זאת, בפועל, מכיוון ששינויים כאלה אינם מעשיים, הדרך להתמודד עם המערכת הקיימת היא על־ידי הקניית מעמד חוקתי לזכויות הנפגעים. נדון בשתי ההצדקות המעשיות האמורות לפי סדרן.

(א) עידן שבו שיקול־דעתה של התביעה בהליך הפלילי הינו רחב ביותר בהעדד ביקורת שיפוטית

הצדקה מעשית חשובה להענקת זכויות משמעותיות לנפגעי עברה נעוצה בשיקול־הדעת הרחב הנתון לרשויות התביעה, בעידן שבו ההליך הפלילי מתנהל, ברוב המקרים, הרחק מעינו של הציבור. חשיבותה של ביקורת שיפוטית, כמנגנון בקרה על החלטותיהן של הרשויות, מתחדדת בהינתן פערי הכוחות בין המדינה לבין נפגע העברה, המאפשרים למדינה לפגוע בזכויותיו בהליך הפלילי. הדימוי הציורי שנקט השופט חשין בתארו את הנאשם כ"גוליבר בארץ הענקים" נכון גם לגבי הנפגע, ולעיתים אף ביתר שאת, בהיותו יחיד, בלתי־מיוצג וחסר סיוע מוסרי.¹⁰⁷ פער הכוחות נעשה משמעותי במיוחד בתקופתנו, לנוכח התגברות כוחה של התביעה ולנוכח מקומה בהליך, כפי שנתאר להלן.

גם מבחינה היסטורית קושרה הדרתו של נפגע העברה מן ההליך לעליית כוחה של התביעה. McDonald מדגיש את הקשר ההדוק בין דחיקת מקומו של נפגע העברה לבין עליית כוחה של התביעה הציבורית והתמקצעות המשטרה לאורך הזמן.¹⁰⁸ בשנות השבעים של המאה העשרים התפתחה בארצות־הברית ההכרה כי מקומו של הנפגע במערכת המשפט הפלילי אינו אלא "צל של מקומו לפני המהפכה האמריקנית" – זמנים שבהם נפגע העברה היה המחליט והמרוויח העיקרי מן ההליך.¹⁰⁹

בעבר שימש כוחה של המדינה להצדקת נחיצותן של זכויות חוקתיות לנאשם.¹¹⁰ Stuntz ראה בכוחה של המדינה הצדקה לכינון כללים מיוחדים של פרוצדורה פלילית, ואף העלה דרישה לקביעת מגבלות מיוחדות בנוגע לטווח של המשפט הפלילי המהותי.¹¹¹ נימוקיו נכונים במידה רבה גם לביסוס טיעוננו. התמודדותו של השלטון עם הגשמת האינטרס הציבורי

107 בג"ץ קונטרס, לעיל ה"ש 39, פס' 25 לפסק־דינו של השופט חשין. לדיון במעמדו של הנפגע, הנעדר ייצוג או סיוע מוסרי, ראו חלק א1(ב), העוסק בצורך להגן על זכויותיהם של נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים.

108 ראו McDonald, לעיל ה"ש 40, בעמ' 659–668.

109 שם.

110 ראו גזל־אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 130.

111 Stuntz, לעיל ה"ש 32.

משמעותה גם זניחת האינטרס הפרטי של הנפגע, בעיקר כאשר זה אינו עולה בקנה אחד עם מה שהתובע רואה כ"נכון". מדובר אפוא בהטיה מוסדית. מכיוון שגם נפגע העברה המסוים חשוף לפגיעה בזכויותיו על-ידי הרשויות, יש להגביל את כוחה של המדינה לפגוע בזכויות אלה על-ידי הקניית מעמד חוקי לזכויות הפרוצדורליות המגיעות לו, במציאות שבה כוחה של התביעה רב ואף מתחרה לא אחת בכוח השיפוטי, כפי שנדגים.

ככל שמכירים בזכויות ובאינטרסים המיוחדים של הנפגע, וככל שמכירים בכך שהאמירה כי "התביעה מייצגת את האינטרס של הקורבן" הינה בבחינת פיקציה, כן בולטת הבעייתיות במצב שבו התביעה מהווה חיץ, בלתי-עביר כמעט, בין הנפגע לבין בית-המשפט ובין הנפגע לבין מיצוי זכויותיו בשלכיו השונים של ההליך, לרבות בשלכיו המוקדמים ביותר. Bibas מתאר את המתח בין סוכני המערכת – שאותם הוא מכנה "Insiders" – לבין ה"צופים מבחוץ", הכוללים את הציבור, את נפגעי העברה ואת הנאשמים, שאותם הוא מכנה "Outsiders".¹¹² לטענתו, סוכני המערכת, ובמיוחד התובעים, לוקים בבעיית הנציג.¹¹³ בהיותם סוכנים הנדרשים לייצג בפעולותיהם את הציבור, הם משתמשים בפועל בסמכויות המוקנות להם לקידום אינטרסים עצמיים. כך, תובעים אינם מייצגים נאמנה את אנשי החוץ, ומערכת היחסים של סוכן ומיוצג הינה נחזית בלבד. ההשלכות באות לידי ביטוי במאבק מתמשך בין הצדדים, בדמות נסיונות של אנשי החוץ להגביל את כוחם של סוכני המערכת ונסיונות מקבילים של סוכני המערכת לחתור תחת מגבלות אלה. דינמיקה זו גוררת אחריה עלויות גבוהות – היא מערפלת את האפקטיביות והלגיטימיות של המשפט הפלילי, ומונעת פיקוח דמוקרטי על הממשל.¹¹⁴

כוחה ההולך וגובר של התביעה הציבורית בא לידי ביטוי מכריע בנקודות קריטיות לאורכו של ההליך הפלילי. כדי להדגים את טענתנו, נתייחס להלן לשתי החלטות מכריעות בהקשר של שיקול-דעתה של התביעה: האחת עניינה בהכרעה אם להגיש כתב אישום; והאחרת עניינה בהחלטה להגיע להסדר-טיעון עם הנאשם.¹¹⁵

תשומת-לב מועטה בלבד מוקדשת לשלב טרום-המשפט. לא בכדי ביקר Lamborn את ההצעה הראשונה לתיקון של חוקת ארצות-הברית, אשר העניקה זכות טיעון לנפגעים רק ב"הליכים משפטיים משמעותיים".¹¹⁶ דווקא הליכים טרום-משפטיים עשויים להיות קריטיים בעבור הנפגע, דוגמת החלטות של המשטרה לא לחקור תלונה לעומקה או לא לעצור חשוד.¹¹⁷

112 Bibas, לעיל ה"ש 22, בעמ' 29-53.

113 שם, בעמ' 29-30.

114 שם, בעמ' 49-52.

115 יובהר כי אין אנו סבורות שקיימת סימטריה בין שני סוגי ההחלטות מבחינת הביקורת השיפוטית הראויה בעניינן, וכי אנו דנות אך במעמדו של הנפגע בהשגה עליהן.

116 ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8. כפי שטוען המחבר, ההוראה המוצעת לא תחול על החלטות של תובע לסגור תיק או לחתום על הסדר-טיעון, ומצב דברים זה חמור לנוכח מחקרים המלמדים כי אי-אפשר להניח שהמשטרה מתייחסת לתלונות כולן במלוא תשומת-הלב הראויה, וכן לנוכח העובדה שבמציאות רוב התיקים הפליליים נסגרים בהסדר-טיעון. שם, בעמ' 195. מעברו האחר של ההליך, ההוראה, על-פי לשונה, אינה מעניקה זכות שימוע גם בשלבים של שחרור מוקדם מן הכלא.

117 שם.

אבירם מציגה, בהקשר של נאשמים, ראייה חשדנית של הליך החקירה, כהליך ספוג דעות קדומות שחשוף לניצול לרעה.¹¹⁸ האם נפגעים, במיוחד מאוכלוסיות חלשות, אינם חשופים לפגיעה על-ידי הרשות, לדעות קדומות ולשלילת זכויות כבר בשלבים ראשוניים אלה? בכלל זה מצויה גם ההחלטה החשובה ביותר – ההחלטה לא להגיש כתב אישום ולסגור את התיק. קיימים שיקולים כבדי-משקל מדוע לא יוגשו כתבי אישום בכל התיקים הנפתחים במשטרה, אולם החלטה לסגור תיק עלולה לגרור השלכות קשות ומוחשיות על נפגע שתיק הפגיעה בו נסגר. לסוגיה זו ניתן לצרף גם את הסדר-הטיעון הנחתמים לפני הגשת כתב אישום. מעמדם של אלה אינו ברור, ולנפגע אין זכות להביע עמדה לגביהם, בעוד לנאשם עומדת זכות השימוע, המובילה לעיתים להסדר.¹¹⁹ לנפגע יש אומנם זכות להגיש תלונה במשטרה על הפגיעה בו, ופעמים רבות תלונה זו היא שמתניעה את גלגלי ההליך הפלילי כולו. עם זאת, אין לו זכות להשתתף בהפעלת שיקול-הדעת אם לחקור את תלונתו, לעצור חשוד או לסגור את התיק.¹²⁰ כבר בשנת 1960 כתב Goldstein כי החלטות משטרה לא לחקור – חרף השלכותיהן על המערכת כולה – הן בלתי-נראות לחלוטין ואינן כפופות לביקורת כלשהי.¹²¹ לכאורה, שיקול-הדעת של התביעה אינו מוחלט, משום שקיימת לנפגע בישראל זכות ערר על סגירת תיק. אולם זכות ערר זו מתמצית בהשגה לפני רשויות התביעה, הרחק מעינו של בית-המשפט.¹²² מעבר לכך ייאלץ הנפגע לפנות בהליך

Hadar Aviram, *Packer in Context: Formalism and Fairness in the Due Process Model*, 118 36 LAW & SOC. INQUIRY 237 (2011).

119 ראו: Elliot Smith, *Is There a Pre-Charge Conferral Right in the CVRA?*, U. CHI. LEGAL F. 407 (2010). לטענת Smith, המתבסס על הלכת *In re Dean*, 527 F.3d 391 (5th Cir. 2008), זכות ההיוועצות עם התובע – המוקנית לנפגעים ב-*The Crime Victims' Rights Act of 2004*, 18 U.S.C. § 3771 (2004) – חלה גם על הליך זה, המתקיים לפני הגשת כתב אישום. נציין כי Smith מדגיש את חשיבותה של הזכות לעניין עברות מרמה רבות נפגעים. לדיון בסוגיה זו בפסיקה הישראלית ראו בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון 1282 (12)2008, פס' 29 לפסק-דינו של השופט לוי ופס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (להלן: פרשת קצב). השופטים הסכימו כי אי-אפשר להרחיב את זכות הטיעון של הנפגעות, בהתבסס על כללי הצדק הטבעי, מעבר לקבוע בחוק זכויות נפגעי עברה.

120 בית-המשפט העליון האמריקני אף קבע בעבר, לפני ההכרה בזכויות נפגעים, כי לאזרח פרטי אין אינטרס מוכר משפטית בהעמדתו לדין של אחר, דהיינו, באכיפת דיני העונשין. ראו: *Linda R.S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614, 619 (1973).

121 ראו: Joseph Goldstein, *Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice*, 69 YALE L.J. 543 (1960). ראו ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), המסמך קצין משטרה לסגור תיק שאינו פשע.

122 ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי קובע את הפרוצדורה של סגירת תיק, וס' 64 לחוק מקנה את זכות הערר. הזכות ה"יתרה" שניתנה לנפגעי עברות מין ואליומות היא שהתשובה לערר תימסר, ככלל, בתוך שישה חדשים מיום הגשתו. ראו ס' 65 לחוק.

מנהלי לבית-המשפט הגבוה לצדק, אולם הסיכויים להתערבות של בית-המשפט בהחלטת התביעה קלושים ביותר.¹²³

לנוכח האמור מתעורר אפוא צורך להתמודד עם שאלת שיקול-הדעת הרחב של התביעה, אל מול זכויותיהם של נפגעי העברה, בכל שלבי ההליך הפלילי. Bades מתארת את ההגנה הגורפת על התביעה מפני פגיעה כלשהי בשיקול-דעתה – בין בדרך של העדר בקרה שיפוטית ובין בדרך של אי-הטלת אחריות עליה בגין מעשיה או מחדליה – ומכנה אותה "קדושת שיקול-הדעת התביעית".¹²⁴ לטענתה, מאבקים להרחבת זכויותיהם של נפגעים נחלו הצלחה בארצות-הברית רק כאשר הם קידמו סדר-יום של התביעה עצמה – למשל, במקרים של החמרת ענישה.¹²⁵ בישראל, כך נדמה, המצב אינו שונה במידה משמעותית. בהינתן שערר נבחן לפני גורם בכיר יותר ברשות התובעת עצמה, ובנסיבות שבהן הנחיית פרקליט המדינה קובעת שחומר חקירה יימסר לנפגע אך תוך מתן הסבר כי מסירה זו עלולה לפגוע בסיכווי של תיק אשר נסגר מחוסר ראיות, ספק אם שיקול-הדעת של התביעה אכן חדיר באופן מעשי.¹²⁶

הערכת מצב זו נכונה גם לגבי הסדר-טיעון, אשר נהפכו לנורמה במציאות שבה ניהול משפט נהפך לחריג.¹²⁷ חוק זכויות נפגעי עברה מקנה זכות להבעת עמדה בעניין הסדר-טיעון רק לאוכלוסיות נפגעים מצומצמות – נפגעי עברות חמורות בלבד.¹²⁸ כמו-כן, הבעת עמדה זו תיעשה, לכל-היותר, לפני פרקליט בכיר.¹²⁹ לנוכח האמור, הביקורת – אם אפשר לקרוא

123 בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49 והאסמכתות בעמ' 55 (2003); בג"ץ 1299/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון 2007(3) 1439.

124 ראו Bades, לעיל ה"ש 50, בעמ' 332, 343-346. הכותבת מציגה את שיקול-הדעת של הרשות התובעת כ"קופסה שחורה" בלתי-חדירה. לעניין מדיניותה של הרשות השופטת למעט ככל האפשר בהתערבות בהחלטות בדבר העמדה לדין ראו, למשל: *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598, 608 (1985).

125 Bades, לעיל ה"ש 50. Mosteller מזהיר כי עיגון זכויות בחוקה עלול להצמיח יתרונות בעבור התביעה, וכך, במקום להעביר כוח מן התביעה לנפגעים, יועבר כוח לנפגעים על-חשבונם של נאשמים, מבלי שייפגע שיקול-דעתה של התביעה. ראו: Robert P. Mosteller, *Victims' Rights and the Constitution: Moving from Guaranteeing Participatory Rights to Benefiting the Prosecution*, 29 St. Mary's L.J. 1053, 1058-1064 (1998); Robert P. Mosteller, *The Unnecessary Victims' Rights Amendment*, 1999 UTAH L. REV. 443, 454.

126 ראו "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה" הנחיות פרקליט המדינה 14.8 ס' 13-14 (2.1.1994), עורכן לאחרונה ב"30.3.2014). ההנחיה תוקנה בעקבות בג"ץ 5090/11 ארגון "יש דין – מתגנבים למען זכויות אדם" נ' פרקליט המדינה (פורסם בנבו, 13.2.2014). בררת-המחל עובר לתיקון הייתה אי-מסירת החומר לנפגע. כיום ההנחיה מספקת תמריץ לנפגע לא לבקש את החומר. מכל מקום, בהעדר חומר קשה כמובן לראות כיצד יוכל הנפגע לכתוב ערר משמעותי.

127 כך גם במערכת האמריקנית: Rachel E. Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, 58 STAN. L. REV. 989, 1033 (2006); גזל, לעיל ה"ש 27.

128 ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עברה.

129 שם.

לה כך – היא פנימית בלבד גם בנושא זה. פניות לבתי־המשפט לצורך ביקורת שיפוטית על הסדר־טיעון נדחו על־פירוב.¹³⁰ בישראל אין השופט בודק ככלל אף את הבסיס העובדתי להסדר.¹³¹ מכיוון שהסדרים אלה נחתמים הרחק מעין הציבור, ללא יתרונות ההליך הפומבי ובנסיבות שבהן הצדקתם בבית־המשפט הינה מינימלית, לאן יפנה הנפגע כאשר זכויותיו מופרות? כל סעיף 17(ד) לחוק זכויות נפגעי עברה קובע הוא שעם הצגת ההסדר, "יברר בית המשפט האם קוימו הוראות חוק זה לעניין זכויותיו של נפגע עבירת מין או אלימות חמורה לפי סעיף זה, לרבות האם הובאו פרטי של הסדר הטיעון המוצג לפניו, כאמור בסעיף זה, לפני נפגע עבירה כאמור". משמעות הדבר היא פיקוח שיפוטני דל על זכותו של הנפגע להביע עמדה מכוחו של סעיף 17 לחוק, בנסיבות שבהן כוחה של התביעה מוחלט כמעט. התמונה לעניין סגירת תיקים והתמונה לעניין הסדר־טיעון דומות אם כן למדי. שיקול־הדעת של התביעה בפעולתה (או באי־פעולתה) אינו חדיר כמעט, אף שמדובר בשיקול־דעת מעין־שיפוטי מבחינת השלכתו על ההליך הפלילי.¹³²

130 אמירות ברוח זו ניתן למצוא בפסק־דין רבים למן פסק־הדין המנחה בנושא הסדר־טיעון שניתן בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז (1) 577 (2002) (להלן: פרשת פלוני). ראו, למשל, ע"פ 3193/07 טבאגה נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2009 (36) 195, פס' 1 לפסק־דינו של השופט דנציגר. כן ראו שם, פס' 3 לפסק־דינו של השופט גרוניס, שבה הוא אף משווה את ההתערבות המצומצמת של בית־המשפט בתחום של הסדר־טיעון להתערבותו המצומצמת בהגשת כתבי אישום. מעניינת המחלוקת שהתגלעה בין השופטים גרוניס ודנציגר לבין השופטת ארבל, שבמסגרתה סברה דעת הרוב כי אף לגבי הסדר־טיעון הנחתם לאחר הרשעה תהא הביקורת מועטה. לרוגמה יוצאת־דופן ראו ע"א 11141/08 יונה נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2011 (96) 1428 (להלן: פרשת יונה), שם התקבל ערעורו של נאשם על פסק־דין של בית־משפט מחוזי אשר סטה מהסדר־טיעון לטובת נפגעי העברה. מציאות דומה שוררת גם בארצות־הברית. לאמירה כללית בדבר כוחה הבלעדי של התביעה בשלבי ההליך השונים, ובדבר הנטל הכבד מאוד המוטל על כל הרוצה לטעון נגדה, ראו: United States v. Armstrong, 517 U.S. 456, 464, 458 (1996). על־פי Barkow, כל שהשופט בודק הוא אם להסדר יש בסיס עובדתי ואם ההסדר נעשה בידועין ומרצון חופשי. ראו Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, לעיל ה"ש 127, בעמ' 1026. כך קובעים גם כללי הפרוצדורה הפלילית: Fed. R. Crim. P. 11(a)(1). ראו גם את פסק־הדין המנחה לעניין הצורך לעודד הסדר־טיעון: Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260 (1971).

131 ראו פרשת קצב, לעיל ה"ש 119, פס' 11 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.
132 לאחרונה ניתן לצרף לרשימה זו גם את הליך ה"גישור בפלילים" המתקיים לפני שופט. הליך זה אינו קבוע בחוק, ומעמדו של הנפגע בו אינו ברור כלל, אף שתוצאותיו עשויות להיות שוות־ערך להסדר־טיעון. על־מנת להגיע לבית־המשפט, ייאלץ הנפגע לצעוד בדרך המנהלית, דהיינו, לעמוד בתנאים להגשת עתירה לבית־המשפט הגבוה לצדק, אשר מצמצם כאמור עד־מאוד את התערבותו בשיקול־דעתה של התביעה. ראו פרשת קצב, לעיל ה"ש 119, פס' 8 לפסק־דינו של השופט גרוניס ופס' 11 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש, לעניין ההבדל בין ביקורת בערכאה דיונית לבין מבחנו של בג"ץ. גם במקרה שבו ערערה משפחת נפגע על החלטה לא להמשיך בהליכים נגד נאשם חולה נפש קבע בית־המשפט העליון כי לנפגעים אין מעמד כלשהו מכוח חוק זכויות נפגעי עברה, משמע, הדרך היחידה הפתוחה לפנייהם היא ללכת בדרך המנהלית. ראו ע"פ 2393/06 חמוד נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2007 (58)

את היחס בין שיקול-הדעת העצום של הרשות התובעת לבין זכויות נפגעים ניתן לבקר גם במסגרת תיאורטית רחבה יותר. על-פי התיאוריה שהציגה Barkow, במשפט הפלילי נפגע עקרון הפרדת הרשויות, באשר הרשות המבצעת – התביעה – מגיעה להחלטות בעלות טבע שיפוטי ללא מנגנוני בקרה מוסדרים.¹³³ Barkow מציינת כי הפרדת הרשויות החוקתית, וביתר שאת מעמדה החזק של הרשות השופטת, נועדו להגן על פרטים וחברי קבוצות חלשות מפני כוחה של המדינה, ולמנוע את רודנותו של הרוב, אשר צפוי לנסות להכניע יריבים פוליטיים באמצעות המשפט הפלילי.¹³⁴ מקום שהתובע מרץ בידי כוח של רשות מבצעת ושופטת כאחד, ובהעדרה המעשי של בקרה שיפוטית, ההגנה היחידה הנותרת היא זכויות הפרט הקבועות בחוקה.¹³⁵ אם אין מכירים בזכויות חוקתיות העומדות לנפגעי עברה, הללו נותרים בלא הגנה מספקת מפני אי-צדק ושימוש לרעה בכוח. במצב דברים זה גם נסתרת ההנחה הגלומה בבסיסה של המערכת האדוורסרית שלפיה מתוך המאבק בין הצדדים תצא האמת לאור.¹³⁶ במערכת שבה הכוח מרוכז בידי רשות מנהלית והסדריי-טיעון רבים כל כך, להנחה זו אין שחר. רוזן-צבי ופישר מציינים כי זכויות פרוצדורליות במסגרת ההליך השיפוטי משפיעות לא רק על התוצאה השיפוטית גופה, אלא גם על הסדרי הפשרה הצפויים להתגבש מחוץ לכותלי בית-המשפט.¹³⁷ אמירה זו נכונה לא רק במשפט האזרחי. מתקבל על הדעת שקיומה של זכות משמעותית ובת-אכיפה להבעת עמדה בעניין הסדר-טיעון או להשתתפות בטיעונים לעונש ישפיע גם על הדרך שבה ינהל

1108, פס' 5 לפסק-דינו של השופט לוי (להלן: פרשת חמוד). למיטב ידיעתנו, רק לעיתים נדירות ביותר הוכרה זכותם של נפגעים להצטרף לערעור הפלילי עצמו. עוד בטרם נכנס חוק זכויות נפגעי עברה לתוקף, הסכים בית-המשפט העליון לרון בערעור של נפגע על הסדר-טיעון, אך תוך שהוא מציין את חריגותיו. ראו ע"פ 2046/04 פירסטטר נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2005 (21) 691, פס' 10 לפסק-דינו של השופט לוי. בפרשת יונה, לעיל ה"ש 130, צורפו הנפגעים לערעור על רכיב הפיזיו בלבד, לאחר שבית-המשפט המחוזי סטה מהסדר-טיעון. מקרה יוצא-דופן הוא מקום שהנאשם הוא שמערער על רכיב פיזיו, ועל-פי הפסיקה עליו לצרף את הנפגע או שערעורו לא יידון. ראו, למשל, ע"פ 6616/10 אפרתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2011).

133 ראו Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, לעיל ה"ש 127. Barkow משווה בין המצב בתחום הפלילי לבין המצב בתחום המנהלי, וטוענת כי דווקא בתחום שבו הפגיעה עלולה להיות קשה יותר, ולכן מחייבת זהירות רבה יותר, קיים מחסור חמור בהגנות נגד שימוש לרעה בסמכות.

134 שם, בעמ' 994 ובעמ' 1012 ואילך. Barkow מפרטת את ההגנות החוקתיות הנתונות לנאשם במשפט הפלילי, במיוחד במגילת הזכויות המסדירה את כל היבטי הכוח הפלילי של הממשל – החל בחקירה, המשך בתביעה וכלה בסיום ההליך המשפטי. שם, בעמ' 1016.

135 מעניינת במיוחד אמירתה שלפיה היה אפשר להניח כי בתי-המשפט עצמם יגנו מפני חדירה לתחומם אולם אין זה המצב בכל הנוגע בהסדריי-טיעון. שם, בעמ' 1036. גם Gardina מציינת כי המערכת השיפוטית "מכורה להסדריי-טיעון בדיוק כמו משרד המשפטים". ראו: Jackie Gardina, *Compromising Liberty: A Structural Critique of the Sentencing Guidelines*, 38 U. MICH. J. L. REFORM 345, 373 (2005).

136 ראו, למשל, רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 510.

137 שם.

הנאשם את עניינו, במיוחד לגבי הסדר־טיעון. התנהלות זו עשויה אולי לקרב במידת־מה את צאת האמת לאור.

מסקנתה של Barkow היא כי הפוטנציאל לניצול לרעה ולא־יצדק מבני גדול במיוחד דווקא בתחום הפלילי, שבו כוחה של המדינה מאיים ביותר. מכאן נולד הצורך בחשיבה מחודשת בדבר שיקול־הדעת התביעתי, הבלתי־מוגבל כמעט, בנושאים של הגשת כתבי אישום וחתימה על הסדר־טיעון, משום הצורך לצקת משמעות אמיתית לזכותם של נפגעים להשתתף בהחלטות כה קריטיות בעבורם.¹³⁸ נציין כי Barkow בוחנת את המצב מפרספקטיבה קלסית המדגישה זכויות נאשמים. לטענתה, כוחה של התביעה אינו מוגבל לא רק על־ידי בקרה של בית־המשפט, אלא אף על־ידי בקרה פוליטית, הואיל וכוחם הפוליטי של הנאשמים דל וגם כוחם של השופטים אינו חזק. זאת, בניגוד למישורי חקיקה רגולטוריים אחרים, שבהם ניתן למצוא קבוצות־אינטרס שונות ומגוונות המתנגדות לממשל.¹³⁹ לשיטתנו, טיעוניה של Barkow יהיו נכונים אף ביתר שאת מנקודת־מבטם של נפגעי עֲבֵרָה, במיוחד בישראל כיום, וכך גם ביקורתו של גזל־אייל בדבר אי־קיומה של בקרה שיפוטית משמעותית על הסדר־טיעון לעניין העובדות והאישומים.¹⁴⁰ דווקא מקום שיכול להיגרם להם נזק כבד ביותר – בין בסגירת התיק ובין בהסדר־טיעון שאינו כולל אותם, למשל – אין לנפגעי העֲבֵרָה אלא זכות ערר לפני רשויות התביעה עצמן, והבקרה השיפוטית אינה מעשית כמעט.¹⁴¹

טענותינו לעניין שיקול־הדעת המוחלט של התביעה בצמתים חשובים בהליך הפלילי יובילו, בהמשך המאמר, לדיון באי־אכיפותן של זכויות הנפגעים הקיימות, ולדיון רחב בזכות הפרוצדורלית להליך הוגן כזכות ליידוע ולשימוע וכן בדרישה להגנת ה־safeguards – שמשמעה בלמים לכוחה של הרשות – אשר אינה מתמלאת לגביהם בישראל כיום.¹⁴² גם אם חוק זכויות נפגעי עֲבֵרָה יצר מנגנון ראוי לכאורה, כאשר בוחנים את תכניו, ספק אם כך הדבר. לדוגמה, האם הזכות להבעת עמדה מוגשמת כהלכה כאשר פרקליט מתקשר

138 לתיאוריה שלפיה החלטות הממשל אמורות להיבחן גם על־פי השלכותיהן על המשתתפים לעניין הזכות להליך הוגן, ולא רק על־פי "סבירותו", ראו את ה־Dignitary Theory בכתביה של Mashaw, המִפְתַח את הקשר בין כבוד לבין הליך הוגן במשפט המנהלי: Jerry L. Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 BU L. REV. 885 (1981).

139 שם, בעמ' 995, 1028–1030. להשוואה בין קבוצות־אינטרס לעניין ענישה ראו: Rachel E. Barkow, *Administering Crime*, 52 UCLA L. REV. 715, 725–727 (2005) בהקשר זה ראו גם את דיונונו לעיל, בחלק א(ב), במקומם של נפגעי העֲבֵרָה כקבוצה חסרת כוח פוליטי משמעותי.

140 גזל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 75–78.

141 לטענה שלפיה גם נפגעים סובלים מאי־שוויון מהותי בהקשר של הסדר־טיעון, לרבות על רקע הפליית קטגוריות מסוימות של נפגעים, ראו: Douglas E. Beloof, *Dignity, Equality, and Public Interest for Defendants and Crime Victims in Plea Bargains*, 91 MARQ. L. REV. 349, 351 (2007).

142 ראו דיון בפרק הבא לעניין מהותה של הזכות להליך הוגן כבלם לכוחה של הרשות. להתפתחות הזכות בארצות־הברית למן סוף שנות השישים של המאה העשרים ראו, למשל, Mashaw, לעיל ה"ש 138.

לנפגעת עברה ערב הדיון ומודיע לה כי הוא מצפה לתשובתה בתוך דקות, וזאת מבלי שיפנה לעורכי-דינה אף שהוא יודע כי היא מיוצגת?¹⁴³ לפני מי תוכל אותה נפגעת להשיג על הפרת זכותה כאשר תבין את פשר המחטף? האומנם די באפשרות פנייה של נפגעת לפרקליט המחוז במקרה שבו מסתבר לה כי היא נמחקה לחלוטין מכתב אישום, משמע, נסגר למעשה התיק בעניינה? היחס בין הסדר-טיעון לבין החשש לפגיעה משנית בנפגע העברה הוכר על-ידי בית-המשפט העליון עצמו, בדבריה של השופטת ביניש בפרשת פלוני: "הוראת חוק זו [סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עברה – ה' ד"ר וד' פ'] מקטינה את החשש מפגיעה נוספת בנפגע העבירה ומהנזק הנפשי העלול להיגרם לו מעצם עריכת הסדר הטיעון.¹⁴⁴ ספק אם במתכונת הנתונה חשש זה אכן קטן.¹⁴⁵

הקניית מעמד חוקתי לזכויות נפגעים עשויה אם כן לספק מנגנון נוסף לבקרה על שיקול-הדעת של התביעה, ולהוות פתח לביקורת שיפוטית בתחום זה, שהינה הכרחית גם על-פי גישתה של Barkow. אכיפה ברירנית (או נכון יותר – אי-אכיפה כלל) עלולה לפגוע בנפגעים שתיקיהם של הפוגעים בהם ייסגרו לא פחות מאשר בנאשמים שיועמדו לדין. הציפייה לשימוש הוגן ולא-שרירותי בשיקול-הדעת של התביעה קיימת גם מצד הנפגע, וכך גם הצורך באכיפה משמעותית של זכויותיו. שיקול-דעתה של התביעה מוגן כאמור במידה רבה גם בישראל, עד כדי כך שבנושאים מסוימים לא נמסר מידע חשוב לציבור. הביקורת על העדר השקיפות המלווה הסדר-טיעון נכונה במיוחד כאשר לנפגע העברה.¹⁴⁶ נוסף על כך, בעוד לנאשם יש זכות שימוע לעניין הגשת כתב אישום, לרבות בחירה אם להסכים להסדר או להמשיך למשפט, הנפגע מקבל מצב דברים נתון ללא יכולת להתמודד איתו. מבקרי המציאות המתוארת העלו הצעות שחלקן מאתגרות את הסדר הקיים, לרבות השבת מעמדה הקודם של זכות התביעה הפרטית, על-מנת להעניק לנפגע מענה ולתקן את העוול הנגרם כתוצאה מהפעלת שיקול-דעתם המוחלט כמעט של התובעים הציבוריים.¹⁴⁷

143 הדוגמות המובאות כאן אינן היפותטיות. הן נסמכות על ניסיון בייצוג נפגעים במסגרת "נגה – המרכז הישראלי לזכויות נפגעי פשיעה".

144 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 130, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

145 לעניין זה נזכיר את נסיונה של השופטת ארבל, בדעת יחיד, לצקת תוכן להוראות ס' 17. ראו בג"ץ 5961/07 פלונית נ' פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 60, פס' 9 ואילך. בפועל קשה להעריך את ערכה של הנחיה זו. ראו גם בג"ץ 2477/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, דינים עליון 2007(27) 295, פס' 7 לפסק-דינו של השופט אלון, שם נקבע כי ככל שהנפגע טוען נגד הסדר-הטיעון בשלב מאוחר יותר בהליך הפלילי כן הסיכויים שהתביעה תידרש לחזור בה קטנים ואינטרס ההסתמכות של הנאשם גובר, אף אם התביעה הפרה את כל חובותיה כלפי הנפגע.

146 ראו: Ronald Wright & Marc Miller, *Honesty and Opacity in Charge Bargains*, 55 STAN. L. REV. 1409, 1415 (2003).

147 ראו: Note, *Private Prosecution: A Remedy for District Attorneys' Unwarranted Inaction*, 65 YALE L.J. 209 (1955). לתולדות ההליך הפרטי ראו גם Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 138. בארץ קיימת אומנם האפשרות של קובלנה פלילית פרטית, אולם היא מוגבלת מאוד בתחולתה, כאשר היא ישימה לגבי מספר מצומצם מאוד של עברות, אשר רבות מהן "עברות חסרות נפגעים", דוגמת עברות על חוקי בחירות.

לא נרחיב כאן בעניין זה, כפי שאיננו מרחיבות בנושא הליכים חלופיים, מתוך תפיסתנו כי מקום שהמדינה היא שמנהלת את ההליך הפלילי כמונופול ראוי לבחון את זכויות הנפגעים בפרספקטיבה זו, מבלי להטיל עליהם נטל כבד.¹⁴⁸ חשיבה קרובה לעמדתנו הולכה אחרים להציע כי לנפגע יהיה מעמד של צד בהליך משפטי של ערעור על סגירת תיק, וזאת על-מנת שהתובע יידרש להצדיק את עמדתו בצורה ראויה.¹⁴⁹ הבנת הרציונל להצעה זו וראייתה בהקשר רחב יותר יובילו להצעתנו, בחלקו של השני של המאמר, להכיר בזכותו החוקתית של הנפגע להליך הוגן, וכן לדיוננו בזכויות היידוע והשימוע.¹⁵⁰ נדגיש כי את הדוגמות שנידונו לעיל – ההחלטה אם להגיש כתב אישום והנושא של הסדר־טיעון – בחרנו רק על-מנת להמחיש טענתנו בדבר שיקול־דעתה הרחב של התביעה. יש להניח כי בעתיד יהיה אפשר ליישם את דברינו על מגוון של החלטות והליכים נוספים.

לסיכום, במסגרת הערכת נחיצותן וטיבן של זכויות נפגעי עברה אי-אפשר להתעלם מן השינוי שחל במעמדה של התביעה אל עבר תפקיד בעל השלכות שיפוטיות במהותן ללא בקרה ממשית של בית־המשפט. אם נחיל את ביקורתה של Barkow על מצבם של נפגעי עברה, נגיע אפוא למסקנה כי הקניית מעמד משמעותי לנפגעים, באמצעות עיגונה של זכות חוקתית הניתנת לבחינה שיפוטית לפחות בנקודות קריטיות אלה, לא רק תרפא מצב קשה מבחינתם, אלא גם תיצור מנגנון חשוב לבקרת פעולתה של הרשות ותייצר לה תמריץ לפעול ליישומן של זכויות נפגעים.

(ב) הצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעי עברה

הצדקה מעשית נוספת להקניית מעמד חוקתי לזכויות נפגעי עברה נובעת מהתת-אכיפה המאפיינת זכויות אלה כאשר הן מעוגנות במישור התת-חוקתי. היבט זה הוזכר בקצרה במסגרת הדיון בשיקול־דעתה הרחב של התביעה, לנוכח העדר מנגנון בקרה שיפוטי משמעותי שעשוי לתמרצה לפעול להגנת זכויותיהם של נפגעים. חוק זכויות נפגעי עברה, שהינו החוק המרכזי המעגן את זכויותיהם, מקנה זכויות המהוות למעשה זכויות להליך הוגן, אף אם הן מוגבלות מאוד בהיקפן ובתחולתן ומוקנות לאוכלוסיות נפגעים מסוימות

148 ראו, למשל, את הצעותיהם של המחברים הבאים: Juan Cardenas, *The Crime Victim in the Prosecutorial Process*, 9 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 357, 392–398 (1986); Josephine Gittler, *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, 11 PEPP. L. REV. 117, 150–163 (1984).

149 ראו: Abraham S. Goldstein, *Defining the Role of the Victim in Criminal Prosecution*, 52 Miss. L.J. 515, 557 (1982). בעמ' 97–107.

150 בהקשר ספציפי זה חשובה אמירתו של הראל בדבר זכות השימוע כערך עצמאי המצדיק ביקורת שיפוטית; זכות המגינה על האינטרס הבסיסי של פרטים לקבל הנמקה מהרשות בעקבות החלטה הפוגעת בהם, וזאת ללא קשר להערכתה של הביקורת השיפוטית כ"נכונה" יותר, דהיינו, מנקודת־מבט שאינה אינסטרומנטלית. ראו הראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 261. כתיבתו של הראל מתייחסת אומנם לביקורת שיפוטית במובנה הראשון (ראו לעיל ה"ש 19), אולם לשיטתנו יש לה חשיבות רבה מקום שאין נותנים לנפגעים את זכות היסוד להישמע.

בלבד.¹⁵¹ את רוב הזכויות המנויות בחוק ניתן לקטלג כזכויות לקבלת מידע לאורך ההליך הפלילי וזכויות להבעת עמדה בצמתים מסוימים של ההליך הפלילי לפני רשויות המדינה.¹⁵² מבחינה פורמלית, חוק זכויות נפגעי עברה כולל סעיפים אחדים אשר חוזרים ומצהירים על חובתן של רשויות המדינה לנקוט צעדים הדרושים להבטחת זכויותיהם של נפגעי עברה כפי שהן קבועות בחוק. כך, סעיף 5 לחוק קובע כי "בתי המשפט והרשויות, כל אחד בתחומו, ינקטו צעדים הדרושים להבטחת זכויות נפגע עבירה לפי חוק זה". סעיף 23 לחוק קובע כי יוקמו יחידות סיוע בפרקליטות המדינה ובפרקליטות המחוז, שתפקידן יהיה להבטיח את מימוש זכויותיו של נפגע העברה לפי הוראות חוק זה, ובכלל זה: (1) להבטיח את העברת המידע מהפרקליטות לנפגעי העבירות ומנפגעי העבירות לפרקליטות; (2) להנחות את עובדי הפרקליטות ולסייע להם ביישום ההוראות לפי חוק זה; (3) לאסוף מידע עדכני בדבר שירותי סיוע לנפגעי עבירות, ולהפיצו לעובדי הפרקליטות". סעיף 24 לחוק קובע כי משטרת ישראל תמנה שוטרים אחראים לעניין חוק זה, שתפקידם יהיה להבטיח את מימוש זכויות נפגע העברה לפי הוראות חוק זה, ובכלל זה: (1) להבטיח את העברת המידע מהמשטרה לנפגעי העבירות ומנפגעי העבירות למשטרה; (2) להנחות שוטרים ולסייע להם ביישום ההוראות לפי חוק זה; (3) לאסוף מידע עדכני בדבר שירותי סיוע לנפגעי עבירות ולהפיצו לשוטרים".

אולם החוק אינו קובע מנגנוני בקרה שיפוטיים כלשהם לצד הוראות אלה.¹⁵³ יתר על כן, סעיף 21 לחוק שולל תרופות בשל אי-אכיפתן של הזכויות הקבועות בו, בקובעו כי "אי קיום זכות מהזכויות הקבועות בחוק זה אין בו כשלעצמו כדי לפסול הליך פלילי, או כדי להוות עילה למשפט פלילי או אזרחי נגד רשות ציבורית או עובד ציבור", למעט בדין המשמעתי. המשמעות היא שהפרת זכויותיהם של נפגעי עברה, כפי שהן מעוגנות ברמה התת-חוקתית מכוח חוק זכויות נפגעי עברה, אינה גוררת אחריה סעד מכוחו של החוק.¹⁵⁴ החוק אינו מתמרץ

151 על-פי ס' 2 לחוק זכויות נפגעי עברה, החוק כולו חל רק על עברות שאינן חטא ואינן עברות תעבורה. הזכויות המהותיות ביותר מוגבלות לנפגעי העברות החמורות ביותר. ראו את ההגדרות של "עברות מין ואליומות" ושל "עברות מין ואליומות חמורות" בתוספת הראשונה כולה לחוק זכויות נפגעי עברה. זכויות נפגעי עברה אינן מתמצות בחוק זה, אולם ההתייחסות אליו היא כאל דבר החקיקה המרכזי המעגן זכויות אלה.

152 ראו ס' 8-11 לחוק זכויות נפגעי עברה לעניין הזכויות לקבלת מידע וס' 16-20 לחוק לעניין הזכויות להבעת עמדה.

153 החריג היחיד מעוגן בס' 17(ד), אשר קובע מנגנון – המוגבל להסדר-ייעוץ בלבד – שבמסגרתו על השופט לוודא כי הנפגע אכן קיבל הזדמנות להביע את עמדתו לפני התובע לפני קבלת החלטה בעניין, וכי הובאו לפניו פרטי ההסדר. מנגנון זה הינו טכני בעיקרו, ואינו מבטיח הפעלה של ביקורת מהותית. ראו בג"ץ 2477/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 145, פסק-דינה של השופטת ביניש, המצביעה על כך שזכויות הנפגעים נקבעו בחוק באופן הצהרתי, "בלא שהמחוקק קבע מהן התוצאות הנובעות מהפגיעה או ההפרה של זכויות הנפגעים, ביחס להליך הפלילי של אלה שפגעו בהם. עניין זה מעורר קשיים רבים שטרם נידונו בפסיקתנו ויש להניח כי עוד נצטרך להתמודד עם קשיים אלה בעתיד".

154 החוק משאיר למעשה את ההליך המשמעתי נגד עובד הרשות כסעד יחיד בידיו של הנפגע. סעד זה לא ישנה כמובן את מהלכו של ההליך הפלילי שבו נפגעו זכויותיו.

את הרשות למנוע הפרת זכות מן הזכויות, או את הנפגעים שזכותם הופרה לפנות לעזרת הערכאות. נוסף על כך, בחוק לא קבוע שום מנגנון ערעור בדומה למנגנון ה־mandamus במשפט הפדרלי האמריקני, המאפשר לפנות לערכאת הערעור בבקשה לסעד־ביניים שיורה לרשות הרלוונטית לקיים את זכותו של נפגע העברה.¹⁵⁵ בכך נותר החוק בישראל "חסר שיניים", ומותיר את מימוש זכויותיהם של נפגעי העברה לרצונן הטוב של הרשויות, אשר לעיתים האינטרסים שלהן אינם עולים כאמור בקנה אחד עם האינטרס של הנפגעים. אכן, העשור שחלף מאז נחקק החוק לימד על אחת הבעיות המרכזיות בו – הקושי במישור האכיפה. המציאות מלמדת על קושי ממשי באכיפתן של הזכויות המוקנות בחוק ובהקפדה כי רשויות המדינה לא יפגעו בהוראותיו. מנסיוננו המעשי בליווי נפגעי עברה בהליכים פליליים אנו יכולות להעיד על מקרים רבים שבהם לא מומשו זכויותיהם של נפגעים כפי שהן קבועות עלי חוק.¹⁵⁶ כך, למשל, נפגעי עברה מסוימים לא יודעו בדבר השלב שהתיק נמצא בו; במקרים אחרים, על־אף הוראת סעיף 9 לחוק, לא זכו נפגעי עברה לעיין בכתב האישום או לקבל העתק ממנו, מאחר שמימוש זכות זו מותנה בבקשתם, והנפגעים פשוט לא ידעו בדבר הוראה זו; במקרים נוספים לא זכו נפגעים להביע עמדה בצמתים שבהם החוק מקנה להם זכות כאמור, בין משום שהם לא יודעו בדבר השלב הרלוונטי ובין משום שהם לא קיבלו את מלוא המידע הנדרש לשם הבעת עמדה מושכלת. באופן מעשי, מימוש זכויותיהם של נפגעים תלוי עדיין במידה רבה בנכונותם, ברגישותם ובגמישותם של האנשים המסוימים ברשות שעימם הם עומדים בקשר.¹⁵⁷ זה אפוא הפער בין "החוק בספרים" לבין "החוק בפעולה".

155 mandamus הוא צו שיפוטי הניתן כסעד בגין הפרת הוראת חוק על־ידי רשות מרשויות השלטון, לרבות בית־המשפט או התביעה. בחוק זכויות נפגעי עברה האמריקני הפדרלי עוגן סעד זה כזמין לנפגעי עברה שזכויותיהם הופרו בהליך, כסעד־ביניים בהליך הפלילי שאותו יש לבקש מערכאת הערעור. ראו: The Crime Victims' Rights Act of 2004, 18 U.S.C. § 3771 s. (d)(3) (2004). בית־המשפט לערעורים חייב לתת את החלטתו בתוך 72 שעות מהגשת הבקשה, ובכל מקרה לא יעוכבו ההליכים בתיק יותר מחמישה ימים. שם.

156 לניסיון דומה בארצות־הברית ראו Bibas, לעיל ה"ש 22, בעמ' 90; Lawrence H. Tribe & Paul J. Cassell, *Embed the Rights of Victims in the Constitution*, in VICTIMS IN CRIMINAL PROCEDURE 776, 777 (Douglas E. Beloof, Paul G. Cassell & Steven J. Twist eds., 2010). לדוגמת לדיון בעניין ראו פרוטוקול ישיבה מס' 424 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־17 (17.1.2008); פרוטוקול ישיבה מס' 2 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־18 (13.5.2009).

157 מעניין כי עוד בשנת 1975, לפני חקיקת רוב החוקים המקנים זכויות לנפגעים, תיאר Hall את מעורבותו של הנפגע בהליך הפלילי כתלויה בראש ובראשונה בנכונותם של אנשי הרשות לשתפו. ראו: Donald J. Hall, *The Role of the Victim in the Prosecution and Disposition of a Criminal Case*, 28 VAND. L. REV. 931, 981 (1975). המתקבל על הרעת שמציאות זו נכונה גם כיום, בעידן שבו זכויות הנפגעים מעוגנות עלי חוק?

זכויות "אמיתיות" חייבות לגרור חובות תואמות מצד הרשות.¹⁵⁸ חקיקת זכויות שאין סעד בגין הפרתן עלולה לגרום לתחושות של חוסר אונים, העדר שליטה וקורבנות נוספת של נפגעי העברה.¹⁵⁹ מסיבה זו טוענים Kilpatrick ו-Otto כי עדיף לא להקנות זכויות כלל מאשר לחוקק זכויות "על הנייר" בלא תרופות על הפרתן, ומבלי להקנות זכויות ערר ועיון חוזר, שיאפשרו להשיג על אופן מיצוין על-ידי הרשויות.¹⁶⁰ לא בכדי ציין Beloof כי זכויות משמעותיות לנפגעים חייבות להיות מלוות זכות עמידה, וכן סעד למקרה של פגיעה וביקורת שיפוטית, לא כקבוע בחוק זכויות נפגעי עברה.¹⁶¹

ניתן לטעון כי אם זכויות תת-חוקתיות אינן נאכפות בפועל, הפתרון הראוי אינו חקיקת זכויות חוקתיות, כי אם ביורר הסיבות לאי-האכיפה, ואם יש צורך, אזי תיקון של החוק או חקיקה מחדש של החוק במישור התת-חוקתי. טיעון זה כשלעצמו נראה נכון, לשיטתנו. אולם כאשר מצרפים את בעיית אי-האכיפות כהצדקה מעשית נלווית, המצטרפת להצדקות המהותיות שנידונו לעיל, נדמה כי הדבר מחזק את הצורך לבחור בפתרון המקנה לזכויות נפגעים מעמד חוקתי.

בארצות-הברית הוביל מצב דומה, של חוסר יכולת לאכוף זכויות נפגעים, לשינויים החקיקתיים המרכזיים של שנות האלפיים. כך, בפסק-הדין המרכזי שקבע את אי-אכיפותן של זכויות נפגעי עברה, ואת אי-קיומה של זכות ערעור בגין אי-היכולת לאוכפה, הסתמך בית-המשפט על קביעת הקונגרס כי ה-Victims' Rights and Restitution Act¹⁶² לא ייצור עילת תביעה מקום שהופרה זכות מן הזכויות המנויות בו.¹⁶³ המשמעות המעשית של קביעת בית-המשפט, בהסתמך על קביעת הקונגרס, היא כי זכויות הנפגעים הן בעיקרן בעלות ערך הצהרתי, שהרי אם הפרתן אינה מצמיחה עילת תביעה, אזי מה המשמעות של היותן "זכויות"?! בעיית אי-האכיפות של זכויות הנפגעים היוותה את הרקע לחקיקת החוק הפדרלי המשמעותי בשנת 2004.¹⁶⁴ אומנם, החוקה האמריקנית לא תוקנה, אך רוב מדינות ארצות-הברית עיגנו את זכויות נפגעי העברה בחוקותיהן, וכותבים מרכזיים, דוגמת Tribe

158 ראו את ההתאמה בין זכות לבין חובה על-פי טבלת הופלד: WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING, AND OTHER LEGAL ESSAYS (1919), available at <http://archive.org/stream/fundamentallegal00hohfuoft#pa.ge/40/mode/2up>

159 Kilpatrick & Otto, לעיל ה"ש 59, בעמ' 27.

160 שם.

161 ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 275 ואילך; Douglas E. Beloof, *Enabling Rape Shield Procedures Under Crime Victims' Constitutional Privacy Rights*, 38 SUFFOLK U. L. REV. 291, 292 (2005).

162 18 U.S.C. 3663.

163 *United States v. McVeigh*, 106 F.3d 325, 335 (10th Cir. 1997).

164 ראו: Jon Kyl, Steven J. Twist & Stephen Higgins, *On the Wings of Their Angels: The Scott Campbell, Stephanie Roper, Wendy Preston, Louarna Gillis, and Nila Lynn Crime Victims' Rights Act*, 9 LEWIS & CLARK L. REV. 581 (2005). מחקרים אמפיריים מצביעים על כך שזכויות חוקתיות נאכפות יותר מזכויות תת-חוקתיות. ראו: David Beatty, Susan Smith Howley & Dean G. Kilpatrick, *Impact of Constitutional and Statutory*

ו־Cassell, הצדיקו הכרה בזכות חוקתית פדרלית, על בסיס הנימוק שגם הזכויות המדינתיות החוקתיות אינן נאכפות דיין.¹⁶⁵

מעבר למסר הנלווה לעיגונה של זכות כבעלת מעמד חוקתי, קיים יסוד סביר להניח כי הוראות חוקתיות ייצרו לרשויות תמריץ חיובי מוגבר לפעול ליישומן, וכך יגבירו את ההסתברות לאכיפה משמעותית יותר. הרשויות עשויות להגיב באכיפה מוגברת כאשר מדובר בזכויות "חזקות" הזוכות במעמד נורמטיבי גבוה יותר, כאשר הן מצהירות מעצם מעמדם על חשיבותם של הערכים הגלומים בהן. אכן, מחקר אמפירי שנערך בארצות־הברית העלה כי במדינות שבהן נקבעו בחקיקה זכויות נפגעי עברה בעלות מעמד "חזק", דוגמת זכויות חוקתיות, הסתמנה היענות מוגברת של הרשויות לאוכפן.¹⁶⁶ מגמה זו עשויה להתחזק ביתר שאת מקום שלא מתקיימת הנחת־היסוד שלפיה במישור התת־חוקתי מובן מאליו שיש זכות טיעון וזכות גישה לערכאות, הן מכוחם של דברי חקיקה ספציפיים הן מכוח העקרונות הכלליים של השיטה ושל המשפט המנהלי. עם זאת, המחקר ביקש להדגיש כי תיקוני חקיקה "חזקים" הם תנאי הכרחי אך בלתי־מספיק להבטחת ההגנה על זכויות נפגעים. נוסף על עיגון משפטי "חזק" הודגש צורך בפיתוח מודעות בקרב הרשויות באמצעות יצירת שינוי ארגוני־מחשבתי, בהקצאת מימון מתאים לקידום הנושא ובאכיפה בפועל. מדובר אפוא בתהליך רב־שלבי, אשר מחייב, כבסיס, חקיקה חזקה.

לסיכום, הקניית מעמד חוקתי לזכויות פרוצדורליות המגיעות לנפגעי עברה תבטיח כי אלה לא יוכלו להירמס בלא בקרה ובלא יכולת להשיג על פגיעה בהן. פגיעה בזכויות אלה תידרש לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה – דהיינו, היא תוכל להיעשות רק בחוק ההולם את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, רק לשם תכלית ראויה ורק במידה שאינה עולה על הנדרש – ותהא חשופה אפוא לביקורת שיפוטית.

Protection on Crime Victims' Rights in Four States in the United States, 1995 (ICPSR version), <http://doi.org/10.3886/ICPSR02467.v1>

165 ראו Tribe & Cassell, לעיל ה"ש 156, בעמ' 777. מובן שגם על הזכויות החוקתיות להיות בנות־אכיפה כדי שיהיו בעלות כוח. ראו את ניתוחו של Grimm ומסקנתו כי חוקות בנות־אכיפה הן חוקות בעלות סיכוי טוב יותר לקדם אינטגרציה של החברה. Grimm, *Integration*, *by Constitution*, לעיל ה"ש 98, בעמ' 200.

166 ראו: Dean G. Kilpatrick, David Beatty & Susan Smith Howley, *The Rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference?*, NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: RESEARCH IN BRIEF (1998), available at <http://www.ncjrs.gov/pdffiles/173839.pdf>. מחקר זה הינו היחיד שמצאנו בהקשר זה, והוא נכון לשנת 1998. נציין כי במחקר זה נקבע "חזוקן" של הזכויות לא רק באמצעות מעמדן במדרג הנורמטיבי, אלא גם על־סמך פרמטרים אחרים, כגון מידת מסוימותן של ההוראות. מחקר חדש יותר מצא אומנם כי הכרזה על זכות מחוקתית לא חיזקה בפועל את אכיפתה, אולם מדובר בזכויות נאשמים אגב הלכת יששכרוב, להלן ה"ש 177, וייתכן שההבדל משמעותי: Binyamin Blum, "Exclude Evidence You Exclude Justice?" *A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule*. *After Issacharov*, 16 Sw. J. INT'L L. 385 (2010).

ב. הזכות החוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן

בחלק זה של המאמר נבקש להסביר מדוע נכון וראוי, לטעמנו, לאגד את הזכויות החוקתיות הפרוצדורליות המגיעות לנפגעים תחת הכותרת של "הזכות להליך הוגן". ליבה של הזכות החוקתית להליך הוגן הוא בזכות ליידוע ולהזדהות משמעותית להישמע בטרם תשולל המדינה כבוד, חירות או רכוש של אדם. כללי-ליבה אלה אינם שנויים במחלוקת.¹⁶⁷ הרקע לזכות זו נעוץ בפערי הכוחות בין המדינה לבין הנאשם, אשר נכונים, לטענתנו, בשינויים המחויבים, גם לעניינו של הנפגע, בהיותו חסר כוח לפעול באופן פרטי על-מנת להיפרע מן הפוגע בו, במערכת שהמודל השולט בה הוא מודל התביעה הציבורית, כפי שתיארנו לעיל.¹⁶⁸

1. הזכות החוקתית להליך הוגן

כדי להבין את הטענה בדבר תחולתו של אגד הזכויות להליך הוגן על נפגעים, נשוב להגדרה הקלסית של הליך הוגן, בתחולתו על חשודים ונאשמים. כתיבתו של Packer מהווה עדיין נקודת המוצא לכל דיון המבוסס על אידיאולוגיה או על עקרונות-יסוד במשפט הפלילי.¹⁶⁹ Packer הגדיר את מודל ההליך ההוגן כ"מסלול מכשולים", שבו המערכת מוכנה להחיל מגבלות פרוצדורליות על יישום הדין הפלילי, אף אם מגבלות אלה עלולות להגביל את יעילות החלטתו.¹⁷⁰ בבסיס המודל מונחים האידיאולוגיה בדבר עליונותן של זכויות הפרט והרעיון המשלים של הגבלת כוחה של המדינה. זכויות ההליך ההוגן הן אפוא, בבסיסן, חלק ממערכת הבקרה שמטרתה לוודא כי המדינה אינה מנצלת את כוחה הרעה. אולם המודל הקלסי של ההליך ההוגן הינו מוגבל מטיבו, שכן הוא מניח כי כוחה של המדינה מצוי תמיד אל מול האינטרס של הנאשם. אכן, בכתיבתה על זכויות נפגעים במשפט הבין-לאומי ציינה Sorochinsky כי הנחה זו בולטת במיוחד. אלא שבמדינות שעקרון החוקיות אינו שולט בהן קיים חשש ממשי שהמדינה תשים את עצמה נגד האינטרס של הנפגע בשעה שהפוגע הינו גורם רשמי או כזה הפועל בחסותן של רשויות המדינה.¹⁷¹ כפי שהדגמנו לעיל, גם בישראל אנו עדים לכך שההנחה בדבר זהות האינטרסים בין התביעה

167 ראו: Niki Kuckes, *Civil Due Process, Criminal Due Process*, 25 YALE L. & POL'Y REV. (2006) 1.

168 ראו רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 499.

169 Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964). לדוגמה, Sorochinsky בוחנת החלטות של הטריבונלים הבין-לאומיים לזכויות אדם מבعد למשקפי התיאוריה של Packer. לדבריה, מערכת המשפט הבין-לאומית מעבירה מסר מבלבל למערכות משפט מקומיות, האמורות ליישם את ההגנות הרחבות לנפגעים בעודן שומרות על הליך הוגן לנאשמים. הפתרון שהיא מציעה הוא מודל משפט פלילי המבוסס על איון כוחות. ראו: Mykola Sorochinsky *Prosecuting Torturers, Protecting "Child Molesters"*: Toward a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law, 31 MICH. J. INT'L L. 157 (2009).

170 Packer, שם.

171 Sorochinsky, לעיל ה"ש 169, ליד ה"ש 33.

לבין הנפגע נסתרת לעיתים קרובות, על אחת כמה וכמה עם עליית כוחה של התביעה, ולא רק בהקשר המובהק של הסדר־טיעון.¹⁷² מציאות זו מחייבת לרדת לשורשיו של רעיון ההליך ההוגן, ולא להסתפק ביישומו המכני על נאשמים בלבד. נראה כי הנימוקים שהצגנו כתומכים בזכויות החוקתיות נמצאים ברקע ההכרה בזכות יסודית זו, ואגד הזכויות המגיעות לנפגעים קשור באופן הדוק לרעיון של הליך הוגן, בדומה להליך ההוגן המוקנה לנאשם, בשינויים המחויבים.¹⁷³ בהקשר זה נזכיר גם את הבחנתה של אבירם בין "הליך הוגן פורמליסטי", הכרוך בהיצמדות לזכויות הקבועות במגילת הזכויות ("החבילה החוקתית"), לבין "הליך הוגן המדגיש את ההגינות". בהליך הפורמליסטי זוכים בהכרה רק השחקנים המסורתיים, בעיקר הסנגורים וחבר המושבעים. לעומתו, ההליך המבוסס על "הוגנות" הינו גמיש יותר, עשוי לכלול גם שחקנים דוגמת קציני מבחן, ועשוי לחול על שלבים רחבים יותר, לרבות לפני המשפט ולאחריו.¹⁷⁴ אנו סבורות כי יש להחיל את רעיון ההליך ההוגן גם על נפגעי עברה באמצעות הקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם הפרוצדורליות, באשר יש בהן כדי להבטיח הגינות כאמור בדרך המשפטית החזקה ביותר.

ההצדקה העיקרית להכרה בזכות להליך הוגן, המבוססת על פערי הכוחות בין המדינה לבין הנאשם, נכונה כאמור, בשינויים המחויבים, גם לעניינו של נפגע העברה. זה האחרון חסר כוח לפעול באופן פרטי על־מנת להיפרע מן הפוגע בו במישור הפלילי, במערכת שהמודל השולט בה הוא מודל התביעה הציבורית ואשר האינטרסים שלו אינם מיוצגים בה.¹⁷⁵ גם האמנה החברתית, הניצבת בבסיסה של חובת המדינה לנפגעים, קושרה לרעיון ההליך ההוגן.¹⁷⁶ בישראל זכותו של הנאשם להליך הוגן הוכרה בפסיקה מאז ומעולם כזכות־יסוד, והיא זוכה בחשיבות מיוחדת מאז עוגנה כזכות מפורשת מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷⁷ במשפט הפלילי, אשר רגיש לשינויים חוקתיים בזכויות האדם, זכות זו מודגשת

172 אחת מהנחות־הבסיס באשר לצורך בזכויות עצמאיות לנפגעים היא העדר זהות אינטרסים בינם לבין המדינה. ראו בהרחבה לעיל חלק א2(א), העוסק בשיקול־דעתה הרחב של התביעה.

173 להכרה בתפיסה שלפיה הגינות הליכית מכוונת לא רק כלפי נאשמים ראו רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, פס' 25 לפסק־דינו של השופט חשין (2004), שם מצוטטים דבריו הבאים של הנשיא שמגר: "ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזוי ומהשפלתו כאדם."

174 Aviram, לעיל ה"ש 118.

175 רוזן־צבי ופישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 499.

176 לקישור בין ההליך ההוגן לבין תיאוריית האמנה החברתית ראו Abramchayev, לעיל ה"ש 37, בעמ' 855.

177 על מעמדה החוקתי של הזכות להליך פלילי הוגן ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2006(2) 1093, פס' 67 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש; פרשת ברנס, לעיל ה"ש 14, פסק־דינה של השופטת דורנר; מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253, 263, פסק־דינו של הנשיא ברק (2003); ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767, פסק־דינו של השופט טירקל (1999); בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד נא(2) 757, 782, פסק־דינה של השופטת שטרסברג־כהן (1997); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1994).

ביתר שאת,¹⁷⁸ והיא ראויה להשתרע, לטענתנו, גם על ענייני הפרוצדורליים של נפגע העברה. יתר על כן, חשיבותה של הזכות להליך הוגן משתקפת גם במסגרת גישת הצדק הפרוצדורלי, המעריכה הליכים משפטיים לא רק על-סמך תוצאתם, כי אם גם על-סמך הדרך שבה התנהלו.¹⁷⁹ הליך שבו הנפגע אינו מקבל מידע וקולו אינו נשמע ייתפס כבלתי-הוגן. לעומתו, הליך שבו יישמע קולו של הנפגע ייתפס בהיבט זה כהוגן אף אם לא תתקבל דעתו. הצעות שהוצעו בכתיבה למערך של זכויות נפגעים, אף מבלי שהללו קושרו לניתוח הבסיס החוקתי של זכויות נפגעים, עולות בקנה אחד עם מודל ההליך ההוגן שהציע Packer, במובן זה שכולם מדגישים את הרעיון של כבוד האדם, כפי שנפרט.¹⁸⁰

ליבת טיעוננו נעוצה בתיאוריות מבוססות-נפגע, הרואות את זכויות הנפגע כזכויות אישיות, אינהרנטיות לכבודו כאדם, לרבות בכל הנוגע בהשלכותיו של ההליך על מצבו של הנפגע.¹⁸¹ הצורך למנוע קורבנות משנית נתמך, כאמור לעיל, בעקרונותיה של תורת המשפט הטיפולי.¹⁸² מכאן חשיבותם של הקשרים בין זכויות הנפגע לבין זכויות האדם ובין תפיסת כבוד האדם לבין הזכות להליך הוגן הנובעת מתוכה. באופן מפתיע, החשיבה כי זכויות נפגעי עברה הן פן של שיח זכויות האדם אינה חלק מן התפיסה הליברלית הקלאסית, אשר זיהתה באופן מוחלט זכויות אדם במשפט הפלילי עם זכויות נאשמים בלבד.¹⁸³ הרחבת המושג "זכויות אדם", שהחלה בסוף שנות השבעים של המאה העשרים, באה לידי ביטוי גם במישור הבין-לאומי.¹⁸⁴ כך היה, לראשונה, בהצהרת האו"ם בדבר עקרונות הצדק הבסיסיים למען קורבנות פשע וניצול כוח, שהתקבלה בשנת 1985. בהצהרה נקבע, תחת הכותרת "אפשרות גישה לצדק וליחס הוגן", כי על מערכת המשפט להגיב על צורכי

178 ראו כש"פ 1000/05 חסיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 385, פס' ח(3) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין והמקורות המופיעים שם (2005). נזכיר בהקשר זה אף את הרחבתה של ההגנה מן הצדק. ראו סקירה בבר"ש 2736/11 מדינת ישראל נ' פרלמוטר, דינים עליון (102) 2011, 486 פס' יג-טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, שם נקבעה תחולתה על הדין המשמעותי.

179 לפיתוחה של גישת הצדק הפרוצדורלי לעניין זכויות נפגעים ראו Giannini, לעיל ה"ש 20, בעמ' 85-103.

180 מודל בולט במיוחד בהקשר זה הוא המודל של השתתפות הנפגע שהציע Beloof. ראו Beloof, *The Third Model of Criminal Process*, לעיל ה"ש 11; לסלי סבה "המודלים של הרברט פאקר: מבחן הזמן והביקורת" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 221, 261 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

181 Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 144.

182 לגישת המשפט הטיפולי ראו Erez, Kilchling & Wemmers, לעיל ה"ש 20.

183 לעיליית נראותו של שיח זכויות האדם בכללותו ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 110.

184 ליישום עקרונות שהתפתחו במשפט הבין-לאומי בבתי-המשפט באנגליה ראו: JONATHAN DOAK, VICTIMS' RIGHTS, HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE: RECONCEIVING THE ROLE OF THIRD PARTIES 45-47, 172-175, 177-179 (2008). לסקירה ביקורתית ראו Sorochinsky, לעיל ה"ש 169, המציינת כי במשפט זכויות האדם הבין-לאומי נידונות אף זכויות מהותיות של נפגעים, דוגמת הזכות להעמדת הפוגע לדין. שם, בעמ' 184 ואילך.

נפגעים, בין היתר, באמצעות זכויות שבמהותן הינן זכויות להליך הוגן.¹⁸⁵ במישור הבין־לאומי התפתח מסוף שנות השבעים הרעיון כי לנפגעים מהפרות של זכויות אדם יש זכות להגנת המשפט הפלילי, ואיתו התפתחה הכרה בזכויות פרוצדורליות טהורות שעניינן הליך הוגן, דוגמת זכות היידוע וההשתתפות, לצד הכרה בזכויות מהותיות, דוגמת הזכות שהפגיעה תיחקר באופן ראוי ואפקטיבי והזכות שהפוגע ייענש.¹⁸⁶ ברקען של זכויות אלה ניצבו טיעונים בעלי זיקה הדוקה לטיעונינו. Sorochinsky מסבירה כי זכויות אדם התפתחו כזכויות המגבילות את כוחה של המדינה להגביל את חירות נתיניה, ומתוך רצון להפחית שרירותיות בהפעלת כוחה.¹⁸⁷ החיבור המוצע במאמרנו זה – בין הפעלת כוחה של המדינה לבין פגיעה בנפגעים דווקא, ככני־אדם אוטונומיים הראויים להגנה – לא הוכר אפוא בכתיבה עד התפתחותו של הרעיון במישור הבין־לאומי. גם כיום חיבור רעיוני זה נידון באופן ישיר בעיקר בהקשר הבין־לאומי, ולא בהקשר של המשפט הפלילי המדינתי.¹⁸⁸

הזכות המרכזית שאליה נקשרו ההליך ההוגן וכן יתר זכויותיהם של הנפגעים היא אם כן הזכות לכבוד.¹⁸⁹ במהלך השנים הוצגו פרשנויות שונות ורבות למושג מורכב זה של "כבוד האדם".¹⁹⁰ רשימה זו לא תתיימר, כמובן, לסקור את הספרות הענפה העוסקת בתוכנו של המושג. חלף זאת נסתפק באזכור ההכרה בכבוד האדם כזכות עצמאית, ונדגיש שקיימת הסכמה רחבה כי המושג "השפלה" חוסה תחת כנפי הפגיעה בכבוד.¹⁹¹ אין ספק שרבות

185 ראו: Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, s. 6(b) (1985), available at <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>: "Allowing the views and concerns of victims to be presented and considered at appropriate stages of the proceedings where their personal interests are affected, without prejudice to the accused and consistent with the relevant national criminal justice system" (להלן: הצהרת האו"ם).

186 Sorochinsky, לעיל ה"ש 169.

187 שם, בעמ' 174, ליד ה"ש 103.

188 חריג לכך הוא ספרו של DUBBER, לעיל ה"ש 47. Dubber הרחיק לכת עד כדי טענה – לעצם טיבו של המשפט הפלילי – כי יש לראות את הנפגע כאדם קודם־כל, ולגזור את זכויותיו מכך, ולא מהיותו "נפגע". ברוח זו הוא ביקש לכנות את המשפט הפלילי "Law of Personhood".

189 ראו הכרה בכך בדבריו של השופט לוי בפרשת פרחי, לעיל ה"ש 105, פס' 9 לפסק־דינו: "אין עוד חולק שלפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד־האדם (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 609 (2005))." לצד הזכות לכבוד יהיו רלוונטיות, בהקשר של מניעת קורבנות משנית מידי המדינה, גם זכויות־היסוד האחרות המנויות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר ההגנה על החיים, על שלמות הגוף ועל הפרטיות. פרופ' ברק ציין במפורש את הפגיעה בחיים או בשלמות הגופנית כאחד מארבעת העניינים אשר יכללו בכבוד האדם. כך, לדידו, גם השוויון. ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 138 (הוצאת כתר, 2004).

190 לסקירה היסטורית של פרשנות הזכות לכבוד, ולטענות בדבר האופן שבו יש לפרש זכות זו כזכות עצמאית, ראו, למשל, הוסטובסקי־ברנדס, לעיל ה"ש 30.

191 ראו, למשל, בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים – חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, דינים עליון (112)2009, 135, פס' 38–39 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש ופס' 3

מזכויותיהם של נפגעי העברה – הקיימות והדרושות – מקורן באירועים שהנפגעים חווים כמשפילים. מצב דברים זה מתחדד עקב פערי הכוחות העצומים בינם לבין המדינה, אשר מהווים, אליבא דהוסטובסקי-ברנדס, פרמטר מובהק בהכרעה אם מדובר בהשפלה.¹⁹² רייכמן מציג פרשנות אחרת של כבוד האדם, אשר יישומה עשוי להסביר את הדרישה למתן זכויות לנפגעי עברה אל מול המדינה כדרישה שההצדקה לה חורגת מן הפגיעה הפלילית עצמה.¹⁹³ פרשנות זו רואה בכבוד ביטוי לחברות בקהילה המוסרית של בני-האנוש, אשר החברה האזרחית היא ביטויה הגשמי.¹⁹⁴ הנפגע ממלא תפקיד מסוים בחברה האזרחית. תפקידו הוא של "נפגע". במקרים רבים הוא זה שהתלונן על עברה שבוצעה כלפיו ושיתף פעולה עם הרשויות כדי שמבצעה ייתפס, יועמד לדין ויוענש. אולם גם אם הוא לא התלונן, עדיין העברה כולה מוגדרת – וההליך הפלילי מתנהל – כאשר תפקידו כ"נפגע" נמצא במוקד ההתייחסות החברתית, שהרי בלא נפגע אין גם פוגע ואין פגיעה. מול הנפגע נמצאות רשויות מערכת המשפט הפלילי, הממלאות את תפקידיהן כמונופול משלב חשיפת הפוגע ועד שלב הפיקוח על מילוי עונשו. על-פי גישתו של רייכמן, ביישומה על ענייננו, הנפגע יהיה זכאי ליחס העולה בקנה אחד עם מערכת היחסים המכוננת את תפקידו. הבחינה נעשית לאור הציווי הקנטיאני לנהוג באדם כמטרה, ולא כאמצעי.¹⁹⁵ הנפגע אינו רק מתלונן, עד או בעל תפקיד משפטי אחר כלשהו. בראש ובראשונה הוא אדם.¹⁹⁶ כדבריו של הנשיא ברק, "כל

לפסק-דינה של השופטת ארבל (להלן: בג"ץ המרכז האקדמי); דני סטמן "שני מונחים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).

192 ראו הוסטובסקי-ברנדס, לעיל ה"ש 30, ליד ה"ש 60, הנשענת בקביעתה זו על כתיבתה של Evelin Lindner. גם מובנו של הכבוד כזכות לאוטונומיה עשוי להיות רלוונטי כמובן לנפגעי עברות. לפירוט העיסוק ארוך-השנים של Lindner במושג "השפלה" ראו <http://www.humiliationstudies.org/whoware/evelin.php>.

193 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד כתכונת בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 469 (2004).

194 רייכמן, שם.

195 לדיון ב"נוסחת האובייקט" – דהיינו, בתפיסה שלפיה כבודו של אדם נפגע כאשר רואים בו אובייקט בלבד, אמצעי, קרי, כאשר הוא מאבד את זהותו הסובייקטיבית – ובשאלה אם תפיסה זו קשורה להשפלה או לאוטונומיה ראו מרכזי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? 40 ואילך (מחקר מדיניות מס' 85, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011). ראו גם בג"ץ המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 191.

196 במילים אחרות, המעמד המיוחד של מתלונן, של עד או של נפגע ישיר מחזק אומנם את ההכרה בזכותו של נפגע עברה להליך הוגן, כנגזרת מזכותו לכבוד, אך לא הוא מכונן אותה. הגורם המכונן אותה הוא עצם הפגיעה שהוא חווה כאדם. תימוכין לכך ניתן למצוא אף בהגדרת "נפגע עברה" בס' 2 לחוק זכויות נפגעי עברה, אשר אינה דורשת כלל תפקיד במשפט הפלילי על-מנת שיוקנו לנפגע זכויותיו.

אדם... הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה", ולא אמצעי להשגת מטרת של הכלל או של פרטים אחרים.¹⁹⁷ השלטון, לעומתו, הוא נאמן בלבד, "ונאמנות מחייבת הגינות".¹⁹⁸ גישה זו, הבוחנת את המושג "כבוד" בהתייחס לחברה ולתפקידו של האדם בה, מאפשרת התייחסות פרטיקולרית לכל אדם על־פי נסיבותיו הסובייקטיביות. היא נראית מתאימה ביתר שאת לענייננו, בהינתן שלעיתים קרובות בעל הזכות בהקשרנו מוגדר על־ידי הרשויות על־פי תפקידו בלבד – "הנפגע" – אף ללא ציון שמו. הנפגע מודר מן ההליך שתחילתו בפגיעה הפלילית בו, וזאת גם כאשר ההליך החל בזכותו, כפי שאכן קורה לרוב. בהתייחסותה של הרשות הוא זוכה – וגם זאת בצורה מוגבלת – רק אם הוא עָד. על־פי רייכמן, תפקידו של הנפגע בחברה האזרחית מכונן זכות בסיסית שהרשות לא תשתמש בכוח הנתון לה באופן שיגרום לו סבל ללא הצדק. סבל זה בא לידי ביטוי לא אחת, כפי שתיארנו לעיל, בחוויית "הקורבנות המשנית" הנגרמת לו על־ידי המערכת. כבוד האדם אינו מתמצה רק בכך שאין פוגעים בו, קרי, על־ידי מתן חירות שלילית; כדי לקיים את כבוד האדם, יש לנקוט פעולות חיוביות. מכאן שמכבוד האדם, המהווה מושא להגנה גם לפי סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עֲבֵרה, נובעות זכויות ההליך ההוגן ודרכי מימושן.¹⁹⁹ לנוכח האמור, ולנוכח ההצדקות להכרה בזכויות חוקתיות לנפגעים, יש אפוא להכיר בזכותו של הנפגע להליך הוגן, כאשר הכלי הפרוצדורלי משרת את הזכות החוקתית.²⁰⁰

2. תכולתו של סל זכויות ההליך ההוגן המוקנה לנפגעי עֲבֵרה

הזכות להליך הוגן הוכרה זה כבר כ"מעשה תְּצַרִיף" של זכויות, כ"אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוואת" ואשר תוכניהם משתנים.²⁰¹ לנוכח האמור לא נתיימר לסקור זכויות אלה כולן, אלא נציג את אבני־הבסיס של סל זכויות זה. את הפירוט נשאיר לכתובה עתידית. בליבן של זכויות ההליך ההוגן ניצבות זכויות היידוע והשימוע, הנגזרות מכללי הצדק הטבעי. את הדרישה להליך הוגן ניתן לקשר גם לחובת ההנמקה והשימוע במשפט המנהלי. סוגיה זו רלוונטית לענייננו לנוכח העובדה שבמציאות רוב ההחלטות הקריטיות מתקבלות על־ידי גורם מנהלי – רשויות התביעה – ולא על־ידי בית־המשפט.²⁰² בליבה של הזכות להליך הוגן במשפט המנהלי מגולמות הזכות להישמע לפני

197 בג"ץ 7357/95 ברק פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 769, פס' 3 לפסק־דין של הנשיא ברק (1996). עוד ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 189, בעמ' 137; פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 177, פס' 34 לפסק־דין של הנשיא ביניש.

198 בג"ץ קונטרס, לעיל ה"ש 39, פס' 2 לפסק־דין של הנשיא ברק.

199 ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 177, בעמ' 281; דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169 (2004).

200 לקשר בין ס' 2 ו־4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין הזכות להליך הוגן ראו עוד פרשת ברנס, לעיל ה"ש 14, בעמ' 375, פס' 34 לפסק־דין של השופט דורנר; בעז אוקון ועורד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996).

201 דברי השופט לוי בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית־המשפט המחוזי באר־שבע, לעיל ה"ש 81, פס' 24 לפסק־דין.

202 ראו יואב רותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5 (2002). נציין כי גם במשפט המנהלי הוכרה החובה כתורמת לטיב החלטותיה של הרשות, בהבטיחה

הגורם המכריע, הזכות שהדברים יושמעו לפני שופט נטול פניות והזכות לקבלת החלטות מנומקות.²⁰³ Harlow מוסיפה כי זכות ההליך ההוגן מלווה את זכות הגישה לערכאות.²⁰⁴ זכות אחרונה זו, כפי שהראינו, אינה ניתנת למיצוי בהקשר של רבות מן הזכויות המשמעותיות של הנפגעים. גם במשפט הפלילי ליבה של הזכות החוקתית להליך הוגן פרוצדורלי הוא בזכות לידיעה ולהזדמנות משמעותית להישמע בטרם תפגע המדינה בזכויות-יסוד.²⁰⁵ זכויות הידיעה והשימוע הן הכלים הפרוצדורליים להגשמת הערך של השמעת קולו של הנפגע, הנתפס כמטרה בעלת ערך אינטרינזי משלה. מתן מידע באשר להליך ושמיעת הקול הם האמצעים המינימליים לשמירה על הליך הוגן, לא רק מול הנאשם, אלא מול כל צד שזכויותיו עלולות להיפגע בצורה כה חמורה.²⁰⁶ הזכות החוקתית להליך הוגן היא אפוא בעיקרה, גם באשר לנפגעים, הזכות לידיעה ולהשתתפות הוגנת בהליכים העלולים לפגוע בזכויותיהם, וזכות זו חשובה לביקורת שיפוטית בכל אחד מן השלבים.²⁰⁷ רק בהתקיימן של זכויות פרוצדורליות אלה תתאפשר השמעת קולו של הנפגע.

מבין קטגוריות-העל של זכויות ההליך ההוגן, נראה כי הזכות למידע על ההליך, לרבות מידע על הזכויות המוקנות מכוחו לנפגע, הינה שנויה פחות במחלוקת, משום שלרוב היא אינה מתנגשת עם זכויות הנאשם. לזכות זו יש חשיבות רבה, שהרי אין משמעות לזכות טיעון בלא מידע מוקדם.²⁰⁸ כך, למשל, כאשר נאשם מבקש לחשוף רשומות רפואיות של נפגעת, זכותה של הנפגעת לדעת על בקשתו זו אינה מתנגשת עם זכות הנאשם. זכות אחרת היא זכותו של הנפגע להשתתף בהליכים, לרבות זכות הטיעון לפני כלל הרשויות הרלוונטיות – רשויות האכיפה והמשפט.²⁰⁹ זכות זו חיונית בתיאוריה כשלנו, משום שהיא מהווה אמצעי להתגוננות מפני פגיעה פוטנציאלית בזכויותיו של הנפגע בצמתים חשובים

כי החלטת הרשות תינתן על בסיס כל המידע הרלוונטי ותוך שקילת כל העובדות והנסיבות. רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 265 (1987).

203 על הקשר בין משפט מנהלי לבין הזכות להליך הוגן במישור הבין-לאומי ואל מול שיח זכויות האדם ראו: Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17.1 Eur. J. Int'l. L. 187, 190 (2006).

204 שם.

205 ראו Kuckes, לעיל ה"ש 167, בעמ' 2.

206 השוו טענה זו עם האמירה במשפט האמריקני בדבר הצורך ליידע ולשתף צדדים שזכויותיהם עלולות להיות מושפעות: *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67, 80 (1972).

207 Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 Va. L. Rev. 991 (2006).

208 ראו בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185 (1981). מובן שגם לעניין המידע יהיו מקרים של התנגשות בין זכויות שתחייב איזון. זה המצב, למשל, כאשר נפגע מבקש חומר רפואי או פסיכיאטרי המתייחס למצבו של הנאשם לצורך תביעה אזרחית. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 1070/07 ששון נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 2009 (83) 360, שבו נקבע כי לנפגעים יש זכות לגיטימית לקבל גם חומרים אלה לצורך שקילת הגשתה של תביעה אזרחית.

209 לאמירה כי ההכרה בזכויות שלובה בזכות השימוע ראו Eylon & Harel, לעיל ה"ש 207. להבחנה בין "זכויות לשיירותים" (לרבות סיוע וידיעה) לבין "זכויות הליכות", המקנות לנפגע הזדמנות להשפיע על ההליך באמצעות השתתפות בו, ראו: Andrew Ashworth, *Victim Impact Statements and Sentencing*, 1993 Crim. L. Rev. 498, 499.

לאורכו של ההליך הפלילי. בלעדי זכות הטיעון, הזכויות החשופות לפגיעה בצומתי ההליך הפלילי עלולות להיוותר חסרות משמעות.²¹⁰

כנגד זכות הטיעון של האזרח ניצבת חובת השמיעה של הרשות.²¹¹ ביישום זכות זו לעניינם של נפגעי עברה יש להביא בחשבון את רכיביה ואת דרכי יישומה. הראל ואילון מטעימים כי לזכות השימוע יש שלושה מאפיינים: ההזדמנות לקורבן ההפרה להשמיע את עמדתו; החובה של הפוגע בזכות לספק הסבר סביר; ונכונות עקרונית לכבד את הזכות אם יתגלה בהתדיינות כי הפגיעה אינה מוצדקת.²¹² הקורבנות המשנית תימנע, כך נטען, רק מקום שזכות השימוע תהא אמיתית ושל החלטה תתלווה הנמקה. הזכות להישמע אינה גוררת חובה להעדיף את דעתו של הנפגע, אך היא מחייבת מימוש של החובה לשומעו.²¹³ הנפגע רשאי כמובן לוותר על זכותו זו, אולם כדי שהזכות תיוותר משמעותית, על הנפגע להיות מודע למתרחש בשלבי ההליך ולהשלכותיו האפשריות. גם במשפט המנהלי מוקנית חשיבות לדרך יישומה של הזכות ככזו המבטאת את היחס האנושי והסביר לרגשותיו ולכבודו של הפרט.²¹⁴ שימוע אמיתי מבטיח שיקול "בלב פתוח ובנפש חפצה",²¹⁵ ומחייב את המדינה לערוך בחינה פרטנית בהתאם לנסיבותיו של האירוע הפרטיקולרי.²¹⁶

רכיב חיוני שנוסף אנו הוא הביקורת השיפוטית, המבטיחה את מימושה של זכות השימוע.²¹⁷ לכך מצטרפת גם זכות הערעור. הפסיקה העניקה זכות טיעון ואף זכות ערעור לצד שלישי אשר נפגע מהחלטה שיפוטית.²¹⁸ באותה רוח ראוי ליתן גם זכות ערעור לנפגע

210 ראו Beloof, *Enabling Rape Shield Procedures Under Crime Victims' Constitutional Privacy Rights*, לעיל ה"ש 161, בעמ' 292, הגורס כי רק מעמד יאפשר לנפגעים לאכוף זכות חוקתית זו.

211 הריזובה, לעיל ה"ש 202, בעמ' 263.

212 ראו Eylon & Harel, לעיל ה"ש 207.

213 לסקירת הזכות להישמע במדינות ארצות-הברית בשנות השמונים של המאה העשרים ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 151. ס' 6 להצהרת האו"ם, לעיל ה"ש 185, קובע כי יש להגיב על צורכי הנפגע, בין היתר, על-ידי מתן היתר לנפגע להשמיע את דברו בשלבי ההליך שבהם האינטרסים הפרטיים שלו מושפעים, אך בלי דעה קדומה נגד הנאשם ובהתאם למערכת המשפט הפלילי המקומית. ס' 4 להצהרה קובע את זכות הגישה לערכאות.

214 ראו דותן, לעיל ה"ש 202. ראו גם ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277 (2005); בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161, 161 (1978).

215 ראו בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, פס' 28 לפסק-דינו של השופט חשין (2000) (בעניין זכות ההתייעצות במשפט המנהלי). ראו הראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 266. ראו גם בג"ץ 5961/07 פלוגית נ' פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 60, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ארבל, שם השתמשה השופטת בכיטוי "בלב פתוח ונפש חפצה" לעניין חובת התביעה לשמוע את הנפגעת בנוגע להסדר-טיעון.

216 הראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 268. הכותב מבהיר, תוך התייחסות לכתיבתו החוקתית של Tribe, כי זכות השימוע חלה לא רק בין פרטים, אלא גם מול המדינה. שם, בעמ' 267.

217 שם, בעמ' 269.

218 בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670 (1991). לדיון במבחנים למתן זכות טיעון למי שעלול להיפגע מהחלטה של רשות מנהלית ראו רע"א 1502/11 חברת חזקיהו

שניתנה לו זכות הטיעון. כפי שהסביר Beloof, זכויות חוקתיות משמעותיות לנפגעים חייבות להיות מלוות זכות עמידה, וכן סעד למקרה של פגיעה וביקורת שיפוטית.²¹⁹ חשיבותה של אמירה זו מתחדרת מקום שאין סדרי דין ויש לטעון להם או לקדם בחקיקה, או מקום שזכות הטיעון נתונה לפני הרשות עצמה ואילו הנפגע מבקש לפנות לערכאה שיפוטית. כך, לדוגמה, לעניין פגיעה בפרטיות הכיר בית-המשפט העליון בישראל בזכות טיעון הנתונה לנפגע עברה, אף שהדבר אינו מוסדר בחוק.²²⁰ מקרים אלה התעוררו הן לעניין איסורי פרסום הן לעניין בקשות של נאשמים לחשיפת חומרים אישיים של הנפגעים.²²¹ מתן מעמד עצמאי לנפגע מבטא הכרה של בית-המשפט כי אף שלעיתים התביעה עשויה להביע עמדה הדומה לזו של הנפגעת, הנפגעת היא היחידה שיש לה אינטרס אישי בפרטיותה, בהגנה על גופה ונפשה ובשיקומה. זכות הטיעון מתחייבת מאופיו של ההליך, כאשר הנאשם מבקש חומרים המצויים בידיו של גורם שאינו צד למשפט ועל-כן אינו מודע, על-פי-רוב, אף לבקשה עצמה. זאת, כאשר חשיפת המידע עלולה לפגוע בפגיעה אנושה בזכותו לפרטיות.²²² לטענתנו, אין להסתפק בהחלטות אלה, ויש להחיל את הזכות להליך הוגן על כלל זכויותיהם של הנפגעים. יש להביא בחשבון את זכותם החוקתית לכבוד במסגרת פרשנותן של זכויות קיימות, בין שמדובר בזכויות נפגעים ספציפיות ובין שמדובר בזכויות מכוחם של חוקי-היסוד.²²³ דוגמה להכרה בזכות ערעור, למשל, מצויה בפסיקה האמריקנית. בית-המשפט

- בע"מ נ' הרפנס, דינים עליון 2011(110) 99, פס' 6-10 לפסק-דינו של השופט גרוניס. 219 ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 275 ואילך; Beloof, *Enabling Rape Shield Procedures Under Crime Victims' Constitutional Privacy Rights*, לעיל ה"ש 161, בעמ' 292.
- 220 במקרים אחרים, שבהם לא דובר בנפגעי עברה, המדינה היא שהעלתה את טיעון הפגיעה בפרטיות, ולא נידון מעמדו של אותו אדם שפרטיותו נפגעה כטוען עצמאי. ראו בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245 (2000); בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684 (2007).
- 221 לצירוף הנפגעת לדין בעניין פרסום חומרים מתיק בית-משפט הפוגעים בפרטיותה ראו, למשל, ב"ש (מחוזי ים) 6843/04 מיטלמן נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 2004(45) 999. לעניין חשיפת חומרים אישיים ראו בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 454, 459 (2000); בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2006(63) 835, פס' ז(5) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין; בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נו(4) 625, 639-663 פס' 10 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2003).
- 222 הזכות להביע עמדה בנוגע לפגיעה אפשרית בפרטיות, בהקשרים שונים, הוכרה כחשובה בפני עצמה. ראו: Michele Estrin Gilman, *Welfare, Privacy, and Feminism*, 39 U. BALT. L.F. 1, 18 (2008).
- 223 ראו למשל, לאחרונה, ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2012(39) 1303, פס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל, המפרש את ההוראה האוסרת חקירה בדבר עבר מיני לאורן של הזכויות לכבוד ולפרטיות. השופט הנדל מטעים כי "מטריית כבוד האדם רחבה דיה כדי להגן על שניהם", דהיינו, על הנאשם ועל הנפגעת (שם). ראו גם בש"פ 7057/09 פלונית נ' אלמוני, תק-על 2010(4) 2482, פס' 19 לפסק-דינו של השופט מלצר, שם הוא משאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם זכותה של נפגעת לבקש את הרחקת הפוגע מסביבת מגוריה מהווה זכות חוקתית, "הנגזרת מהזכות לשלמות הגוף (והנפש), או מהזכות לכבוד (לחזור

קבע באותו מקרה כי לנפגעת עברת מין יש זכות ערעור עצמאית, בהחלטת־ביניים, על החלטתו של בית־משפט קמא לא להחיל עליה את ההגנות הקבועות בחוק באשר לחשיפת עבר מיני.²²⁴ באמצעות פרשנות תכליתית עיגן בית־המשפט את זכות הערעור בכך שהקונגרס חוקק את חוק־המגן לטובת הנפגעים. לפיכך, ואף שזכות הערעור אינה מופיעה בו במפורש, קבע בית־המשפט כי היא משתמעת כנלווית להגנה על אינטרס הפרטיות שעליו ביקש הקונגרס להגן.²²⁵ הערכים המתחרים – יעילות ההליך ושליטת התביעה במשפט הפלילי – נסוגים, לפחות לזמן־מה, מפני הפגיעה בפרטיותו של הנפגע.

רוב הזכויות המוקנות לנפגעים כבר כיום קשורות ממילא לעקרונות של צדק פרוצדורלי, אולם הן אינן מספיקות, בהעדר מנגנונים של ביקורת שיפוטית וערעור. זכויות אלה מבקשות להעניק להם קול עצמאי, דוגמת הזכות להביע עמדה לעניין הסדר־טיעון. הזכות להליך הוגן, שאותה אנו מבקשות להחיל, תדאג לאפשרותו של הנפגע לפנות לערכאות על־מנת להבטיח גם את אכיפתה של הזכות, לרבות ערעור מקום שהיא לא נאכפה. מעבר לכך, יהיו מקרים שבהם יבקשו נפגעים לממש את זכות הטיעון על־מנת לשכנע בדבר עצם קיומה של זכות. כפי שמתעים הראל, זכות השימוע קיימת במלוא חוזקה לא רק כאשר הוויכוח סב סביב שאלת הפגיעה בזכות, אלא גם מקום שקיימת מחלוקת לעניין עצם קיומה של הזכות.²²⁶ כך, למשל, האם ניתן לראות בערר פנימי על סגירת תיק המוגש לפרקליטות מבלי שחומר החקירה מונח לפני העורך משום זכות טיעון אפקטיבית? האין זו דוגמה לזכות פורמלית ריקה מתוכן המצדיקה פנייה לערכאות? הערכים שיש להגן עליהם – האוטונומיה של הנפגע, כבודו העצמי או השוויון – עשויים להיות מקודמים או להיפגע על־פי הדרך שבה הרשות מגיעה להחלטותיה.²²⁷ נזכיר עוד כי לא כמו בארצות־הברית, למשל, בישראל הזכות להליך הוגן ביחס לנאשמים נגזרה מחוק־היסוד, על־דרך פרשנות של בית־המשפט.²²⁸ פרשנות אשר תקנה לנפגעים את מלוא זכויותיהם תתבסס גם היא על פרשנות תכליתית ותשקף תנאים חברתיים וציפיות משתנות.²²⁹ אם עמדנו לעיל על המסר הטמון בזכות להליך הוגן, כשיקופם של ערכים חברתיים, מתן זכות זו לנפגעים ישקף חברה שבה שמיעת קולו של הנפגע אינה בבחינת סיסמה ריקה, אלא זכות משפטית בעלת תוכן, ללא מורא ממתחת ביקורת על רשויות

לחיים תקינים, ככל האפשר) – זכויות המעוגנות בסעיפים 2 ו־4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר עשויות לחייב נוסחאות איזון עם הדגשים שונים".
224 Doe v. United States, 666 F.2d 43, 45 (4th Cir. 1981). בית־המשפט הורה על ערעור מידי כהליך־ביניים, דהיינו, ערעור רק על ההחלטה הספציפית הזאת.

225 שם.

226 הראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 267. כן ראו את טענתם של גזל־אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 127, ליד ה"ש 79, כי גם העדר ייצוג בהליך אין משמעו שזכות זו אינה קיימת.

227 ראו Mashaw, לעיל ה"ש 138, בעמ' 886.

228 ראו פרשת ברנס, לעיל ה"ש 14.

229 ראו: Patricia Hughes, *Defining Access to Justice: The Charter and the Courts (and the Law Commission of Ontario)*, 29 NAT'L J. CONST. L. 119 (2011). המחברת מציינת כי כבוד האדם הוכר כקונספט המונח בבסיסן של רבות מן הזכויות המוקנות בצ'רטר זכויות האדם הקנדי, אך הוא עצמו אינו בבחינת זכות. בישראל זכות זו מוכרת במפורש, כך שלא מתעורר קושי כאמור.

התביעה או מעיכוב מסוים בהתנהלות ההליך הפלילי. אמירה נדירה המכירה בהסדר טיעון בלתי-ראוי כפוגע בכבוד האדם של הנפגע ניתן למצוא בדבריה של השופטת חיות בפרשת גרינשפן.²³⁰ יש לגזור מהכרה זו, לדירנו, גם את ההשלכות המשפטיות המחייבות. לסיום, נדגיש כי דיוננו כאן הינו כללי ועקרוני. כל שביקשנו הוא להציג מתווה כללי תוך שימוש בדוגמות בלבד. כפי שזכויות ההליך ההוגן בעניינם של חשודים ונאשמים אינן מוגדרות ותחומות באופן מוחלט, כך גם בעניינם של נפגעים.²³¹ מאמר זה מבקש אפוא לפתוח את הפתח לכתיבה עתידית על היקף הזכות ומשמעותה הקונקרטית בהקשרים שונים הנוגעים בנפגעי עברות.

סיכום ומבט לעתיד

חוק זכויות נפגעי עברה מקנה אומנם לנפגעי עברה זכויות פרוצדורליות ואחרות, אך אלה, כפי שתואר, אינן ממצות, אינן נאכפות תמיד, והיקפן מצומצם וחסר. קיומן של זכויות אלה אינו גורע מקיומן של זכויות אדם העומדות בפני עצמן לנפגעי העברה. לפיכך חוק זכויות נפגעי עברה ולצידו דברי חקיקה נוספים קובעים את רף המינימום של הזכויות המגיעות כיום לנפגעים, אך בוודאי אינם ממצים אותן או מסמנים את הרף המרבי.²³² במאמר

230 פרשת גרינשפן, לעיל ה"ש 106, פס' 2 לדברי השופטת חיות.

231 לגבי נאשמים קיים כמובן שוני רב בין מדינות בהגנות המוקנות להם. עם זאת, בלב ההגנה ניתן למצוא את חוקת החפות, את ההגנה מפני הפללה עצמית, את זכות הייצוג, את זכות העימות, את ההגנה מפני חיפושים בלתי-סבירים, את איסור החקיקה למפרע ואת ההגנה מפני סיכון כפול. לסקירה של זכויות אלה כפי שהוכרו בבית-המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל, ראו: BEN EMMERSON, ANDREW ASHWORTH & ALISON MACDONALD, HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE 273, 348, 440, 615 (2nd ed., 2007). להיותה של הזכות להליך הוגן בעלת "רקמה פתוחה" ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 177, פס' 67 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

232 בפסק-דין אחדים הובעה עמדה שמשמעת ממנה הכרה בכך שחוק זכויות נפגעי עברה אינו ממצה את זכויות הנפגע, כי אם קובע רף מינימום בלבד. בפסק-דין גנאמה, לעיל ה"ש 8, נידון ס' 19 לחוק זכויות נפגעי עברה, הקובע כי נפגעי עברה זכאים להביע את עמדתם בכתב לפני ועדת השחרורים לעניין הסיכון הכרוך בשחרור מוקדם של האסיר. השופטת פרוקצ'יה קבעה (שם, בס' 19 לפסק-דינה) כי אין להסיק מהסדר חקיקתי זה כי הוועדה מנועה מלהידרש לטיעונים בעל-פה של נפגע, ובתוך כך להיזקק גם לנושאים החורגים מהיבט הסיכון הצפוי משחרור האסיר. בפרשת קצב, לעיל ה"ש 119, קבעו השופטות ביניש ופרוקצ'יה כי אומנם אין לנפגע עברה זכות טיעון לעניין סגירתו של תיק חקירה עובר להחלטה אלא במסגרת ערר לפי ס' 64 לחוק סדר הדין הפלילי, אך לשון החוק אינה מונעת תובע מלהידרש לעמדתו של נפגע עברה אף מעבר לחובה הקבועה בחוק, גם אם אי-אפשר לחייבו לעשות כן. בבש"פ 2476/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.3.2009) נידון ס' 10 לחוק זכויות נפגעי עברה, המאפשר לנפגעת עברת מין או אלימות לבקש עדכון בדבר מאסרו או שהייתו במשמורת חוקית של חשוד. השופט רובינשטיין קבע כי החוק אומנם אינו מקנה זכות להביע עמדה לעניין מעצרו או שחרורו של החשוד לחלופת מעצר, אך העדר זכות זו אינו מונע מהנפגעת את האפשרות לבקש מבית-המשפט לתת דעתו לעמדתה. לעיתים שמיעת עמדתה של הנפגעת

זה הצגנו מתווה תיאורטי התומך בהקניית מעמד חוקתי לזכותם של נפגעי עברה להליך הוגן, כזכות המגלמת אגד של זכויות פרוצדורליות, קיימות ועתידיות, הנגזרות מזכות החוקתית של הנפגע לכבוד. ההצדקה להכרה בזכות חוקתית כזו נשענת, בין היתר, על חובת המדינה להגן על נפגע העברה הפרטיקולרי מפני פגיעה משנית שעלולה להיגרם לו על־ידי רשויותיה במהלך ניהולו של ההליך הפלילי נגד החשוד או הנאשם. הכרה זו חיונית ביתר שאת לנוכח העובדה שנפגעי עברה הם מיעוט הנעדר ייצוג וכוח מספיקים בהליכי ההשתתפות הפוליטיים, ויש בה כדי להעביר מסר חינוכי וסמלי חשוב בדבר חשיבותן של זכויות הנפגעים.

הקניית מעמד חוקתי לזכותם של נפגעי עברה להליך הוגן תבטיח כי זכויות נפגעים לא יוכלו להירמס בלא בקרה ובלא יכולת להשיג על פגיעה בהן. היא תבטיח כי כל פגיעה באגד הזכויות המגולמות בזכות ההליך הוגן תידרש לעמוד בתנאים של פסקת ההגבלה, דהיינו, היא תוכל להיעשות רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. כך, למשל, אם במסגרת הדיונים בהבניית ענישה תיפגע זכותו של נפגע להביע עמדה לעניין העונש באמצעות הצהרת נפגע, בלא שתובא בחשבון חשיבות הנושא, תהא פגיעה זו חשופה לביקורת שיפוטית.

חשיבותן של ההצדקות התיאורטיות להכרה בזכות החוקתית של נפגעי עברה להליך הוגן משתקפת ביצירת מסגרת נורמטיבית לבחינת כלל זכויותיהם של נפגעי העברה, הן עכשוויות הן עתידיות, בין בפרשנות ובין בחקיקה. מסגרת זו היא הדרך המיטבית לצקת את מלוא המשמעות לתפיסה הקנטיאנית של הזכות לכבוד, שלפיה אין להתייחס לנפגע כאל כלי שרת בלבד בידי מערכת המשפט הפלילי. אף שלמטרות תועלתניות – שעניינן קידום תלונות עתידיות והגברת שיתוף־הפעולה של נפגעים פוטנציאליים עם המערכת – יש חשיבות רבה, מטרות אלה אך נלוות למטרה הראשונית, שעניינה מתן משמעות אמיתית ומלאה לזכויות האדם של נפגעי העברה. קריאתנו להכיר בזכויות חוקתיות לנפגעי עברה משקפת אפוא תפיסה ליברלית של זכויות האדם. על בסיס אותו רציונל של ליברליזם עכשווי שמכוחו הוצדקו זכויות חוקתיות לנאשמים אנו מבקשות להצדיק הכרה בזכויות חוקתיות לנפגעים.²³³

תהיה הכרחית לצורך הכרעה בשאלת המעצר. אל מול פסיקות אלה ניתן למצוא פסיקה הקובעת כי מה שאינו מנוי בחוק זכויות נפגעי עברה אינו קיים בגדר "זכות". ראו פרשת **חמוד**, לעיל ה"ש 132, פסק־דינו של השופט לוי. לבני משפחתו של נפגע עברה לא עומדת זכות מוכרת בדין שתישמע עמדתם לעניין הפסקת הליכים נגד הנאשם בפגיעה בקרובם קודם שתתקבל החלטה. מכלל ה"הן" שמשמיעות הוראותיו של חוק זכויות נפגעי עברה נשמע הלאו באשר להיבטים אחרים של מעורבות נפגעים בהליך המתנהל.

233 להכרה בתחולתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו במשפט הפלילי הן על נאשמים הן על קורבנות ראו פרשת **גנימאת**, לעיל ה"ש 13, פס' 10-11 לפסק־דינו של הנשיא ברק. עוד בהקשר זה, ולביקורת על האיוון הבלתי־ראוי עדיין שבין כבוד הנאשם לבין כבוד הנפגע, ראו עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיוון שבין זכויות הנאשם לזכויות קורבנותיו" **ספר שמגר חלק ב** 255 (2003). לטיעון המסביר מדוע הפרדתן של זכויות נפגעים מזכויות אדם היא מלאכותית ואין לה מקום ראו: Sam Garkawe, *Victims Rights*

אחד החששות המועלים בהקשר של הכרה בזכויות חוקתיות לנפגעים הוא הפגיעה בזכויות נאשמים העלולה להילוות להכרה זו. אולם האיזון בין זכויות נאשמים לבין זכויות נפגעי עברה אינו מהווה בהכרח משחק "סכום אפס". אלה ואלה חשובות וראויות. לעיתים זכויות נפגע העברה אינן מתנגשות כלל עם זכויות הנאשם. כך, למשל, כאשר האינטרסים של הנפגע ושל הנאשם עולים בקנה אחד²³⁴ או כאשר האינטרס של הנפגע הוא בקבלת מידע שאינו משפיע על זכויותיו של הנאשם. השאלות הקשות הנלוות לעריכת האיזונים בין הזכויות מתעוררות אם כן רק באותם מקרים שבהם הן מתנגשות.

במאמר זה לא דנו בגבולות הזכות להליך הוגן שיש להעניק לנפגעי עברה. אתגר זה עומד לפתחה של הכתיבה העתידית בתחום. מהו היקפה הראוי של הזכות, ומתי יהיה ראוי להגבילה? אילו אמות-מידה ראוי לאמץ על-מנת לקבוע את חוקתיותה של הפגיעה בזכות? כראשית מחשבה, המחייבת פיתוח ועיון מעמיקים, ייתכן שיהיה ראוי לערוך איזונים באמצעות מתן זכויות שונות בשלבי השונים של ההליך, בהתאם לתחולתה ולעוצמתה של חזקת החפות בשלבים הרלוונטיים. כך, למשל, ניתן להציע כי עד שלב ההרשעה, כאשר חזקת החפות חלה עדיין, תיסוג זכותו החוקתית של נפגע העברה מפני זכותו החוקתית של הנאשם במקרים של התנגשות בין זכויות בעלות תחולה אנכית.²³⁵ לעומת זאת, בשלבים שלאחר ההרשעה ייערך איזון שונה בין הזכויות, דוגמת איזון אופקי המאפשר לתת משקל לשתי הזכויות, גם אם באופן בלתי-שווה. אפשרות אחרת היא לקבוע את היקפן האפשרי של זכויות הנפגע על-פי עוצמת האינטרסים של הנפגע בשלבי השונים של ההליך.²³⁶ Lamborn מטעים כי האינטרס של הנפגע לשמוע את הסיפור במלואו הופך כמעט כל שלב שיפוטי לקריטי מבחינתו, לפחות לעניין זכותו להיות נוכח. לעומת זאת, האינטרס של הנפגע בבטחונה האישי יהיה רלוונטי בשלבי מעצר טרום-משפטיים ולעניין תנאי מעצרו של החשוד. לדעתו, האינטרס של הנפגע כי הסיפור המלא יישמע משפיע גם על זכותו להישמע – ולא רק להיות נוכח – בשלבים רבים של ההליך, מטרום-המשפט ועד לגזר-דין.²³⁷ עוצמותיהם המשתנות של האינטרסים בשלבים השונים עשויות להקרין אפוא על היקפן של הזכויות באותם מקרים שבהם הן מתנגשות עם זכויות הנאשם. חוק זכויות נפגעי עברה מכיר כיום בזכויות שונות לנפגעים שונים, תוך התאמה בין חומרת העברה לבין היקפן של הזכויות. האם משתמע מקריאתנו להכיר בזכותם החוקתית של נפגעים להליך הוגן כי על

are Human Rights (presentation on the 20th anniversary celebration of the 1985 UN Victims Declaration, Canberra, 2005).

234 ראו, למשל, את ההחלטה בפרשת מיטלמן, לעיל ה"ש 221, שבה נאסרו לפרסום חומרי חקירה מחקירתו של האב שהואשם ברצח בתו. בית-המשפט קיבל את טענותיה של אם הנרצחת, אולם גם הנאשם עצמו התנגד לפרסום החומרים. ראו גם בג"ץ 5968/11 הסניגורית הציבורית הארצית נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2012 (56) 1022, שבו הסכימה הפרקליטות למתן דגימות של ראיות DNA לאחר שנפגעת העברה הסכימה לכך, וכן מקרים שבהם נפגע העברה מבקש להקל בעונשו של הפוגע בשלב גזר-הדין.

235 לדיון בשאלות הקשורות לפתרון התנגשויות בין זכויות חוקתיות ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 50, בעמ' 115-123.

236 Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 198-199.

237 שם.

זכות זו לחול על כלל נפגעי העברות, בלא הבחנה ביניהם על־פי חומרת העברה שממנה נפגעו? האם ראוי להבחין בין נפגעים של עברות שונות? להקניית מעמד חוקתי לזכות עשויה להיות השלכה על תחולתה של הזכות בהיבט של עקרון השוויון. מעניין שהצהרת האו"ם, למשל, קבעה כי זכותם של הנפגעים ליידוע באשר להליכים המתנהלים בעניינם תחול במיוחד במקרים שבהם הפגיעה נבעה מביצוע פשע חמור.²³⁸ אולם לעיתים גם עברות שאינן בהכרח החמורות ביותר, דוגמת עברות רכוש ומרמה, עלולות לגרום נזקים קשים דווקא לאוכלוסיות חלשות הזקוקות להגנה מוגברת, דוגמת קשישים.²³⁹ מאמר זה פותח את הפתח למחקר עתידי בשאלות אלה ואחרות הנובעות מן הטענה שביקשנו לבסס במסגרת זו ברבר הצורך להכיר בזכותם החוקתית של נפגעים להליך הוגן.

238 ראו הצהרת האו"ם, לעיל ה"ש 185, ס' 6. גם תחולת זכויותיו של נאשם עשויה להיקבע בהתאם לחומרת עברתו. כך, למשל, פסק בית־המשפט העליון האמריקני כי זכות לייצוג (הקבועה בתיקון השישי לחוקה) תחול על עוונות רק מקום שהנאשם צפוי לעונש מאסר: *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367, 373–374 (1979).

239 ראו, למשל, את נזיקיהם של נפגעי העברה בפרשת יונה, לעיל ה"ש 130.