

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית סוגיות במשפט הפלילי

מנחם אלון

הקדמה ♦ א. קיומה של אוטונומיה שיפוטית עברית בתחום המשפט הפלילי 1. פרשת נגר 2. תקנות ואלידוליד ♦ ב. המשפט הפלילי בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 1. עקרונות חוק-היסוד בתחום המשפט הפלילי 2. העיון בדרך הסינתזה שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים ♦ ג. נושאים שבהם מצויה פסיקה משפטית מוסכמת על הכול 1. זכות הטיעון של הנאשם 2. זכות הייצוג של הנאשם 3. השוואת בעלי הדין 4. חיפוש על גופו וכגופו של אדם ♦ ד. נושאים בהם הפסיקה שנויה במחלוקת 1. מעצרו של חשוד 2. הער השותק ♦ ה. נושאים שטרם הוכרעו בפסיקה ראויה ומחייבת 1. עינוי הדין 2. שיקום העבריין (Rehabilitation) 3. תנאי המעצר והמאסר 4. טיפול רפואי; הצבעה בקלפי; קיום חיי אישות 5. ערי המקלט - סמל לתנאי מאסר לפי מורשת ישראל 6. החמרה בדרכי ענישה על עבירה שפגעה במיוחד בכבוד האדם של הקרבן ♦ ו. כלל הפסלות בדרכי ענישה על עבירה שפגעה במיוחד בכבוד האדם וחירותו 1. הוראות בעניין קבילות ראיות שנגבו שלא כדין - יוצאים מן הכלל והכלל 2. פרשת ועקנין; אמת משפטית ואמת עובדתית 3. כלל הפסלות על-פי ערכים יהודיים ודמוקרטיים ♦ ז. סיכומם של דברים: אופי ומהות "המהפכה" של חוקי-היסוד

הקדמה

את מאמרנו "חוקי-היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן"¹ סיימנו כמשאלה-תקווה, כי חוקי-יסוד אלה יפעלו ויופעלו, בראש ובראשונה, לעניינים שונים שבתחום המשפט הפלילי, "שגלביהם ייתכן שהחברה חלוקה בדעותיה ובגישותיה, אך אין בחילוקי דעות אלה משום סכנה של פילוג ושיסוע"². בתחום זה מבקש אני לדון במאמרי זה. בדיון זה עומדים בפני דברים שבהם דנתי בהרחבה במאמרי הנזכר למעלה ובמקומות נוספים.³ לפי הוראות סעיפי המטרה והאיזון שבחוקי-היסוד,⁴ מחובתו של בית המשפט, בבואו לפרש ולצקת תוכן במשמעות עקרונות היסוד שבחוקי-היסוד, לעגן בכל עיקרון ועיקרון את ערכיה של מדינת

* המחבר הוא משנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס).

1 מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253 (להלן: חוקי היסוד: מאין ולאן). וראה בהערת הפתיחה, שם.

2 שם, בעמ' 306.

3 שם, בעמ' 258 ואילך, והערה 15, שם.

4 סעיפים 1 א ו-8 שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, וסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.

מנחם אלון

ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בדרך הסינתזה של מטרה דו-ערכית זו, כפי שעמדנו על כך בהרחבה ובמפורט במאמרנו האמור.⁵ ואף זאת כבר נאמר, כי הוראה זו שבסעיפי המטרה והאיזון בדבר עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לא ללמד על עצמה בלבד יצאה אלא על כלל המערכת המשפטית בישראל יצאה, שחוקיה ודיניה יתפרשו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית,⁶ היינו על-פי מקורות המשפט העברי ולאור מורשת ישראל במובנו הרחב של מושג זה,⁷ לרבות ערכיה של תקופת התחייה,⁸ ועל-פי מקורות של מערכות משפטיות של דמוקרטיות מערביות שבימינו. בכל אלה מצווה בית המשפט לעיין ולדון בבואו להכריע בסוגיה משפטית העולה בפניו. אופן הסינתזה של מטרה דו-ערכית זו, יש בה כדי להביא לכלל פתרון ראוי ורצוי של בעיות שטרם נידונו והוכרעו לגופן, ואף כדי לשנות מופסיקה שהיתה קיימת ומקובלת קודם שנכנסו הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לכליל מערכת המשפט בישראל. דרך זו של פסיקת הדין והכרעתו מבקש אני להדגים, ככל הניתן במסגרת של מאמר, כתחומים עקרוניים מספר של המשפט הפלילי. הדגמה זו תיעשה, בחלקה הניכר, על-פי פסיקה קיימת של בית המשפט העליון ולאורה, וכדי לסכר את האיזון ולהאיר את העין, לא מצאתי טוב מאשר להבהיר ולהעמיק את העיין בפסיקה זו.

א. קיומה של אוטונומיה שיפוטית עברית בתחום המשפט הפלילי

בטרם נדון, בדרך זו, במספר נושאים שבמשפט הפלילי שיעלו בפנינו, מן הראוי לתת את הדעת ולומר דברים אחדים באשר למקומה של מערכת המשפט הפלילי כחלק ממערכת המשפט העברי הנוהג, הלכה למעשה, לחקופותיה ולדורותיה של האומה העברית. בידוע, כי תחום משפטי זה, אף יותר מתחומים משפטיים אחרים, פועל ומופעל במסגרת שבה קיימת מערכת שיפוטית ומערכת המבצעת וכופה ביצוע פסיקתה של מערכת זו. זאת ועוד: כלל גדול בדינו, שתנאי לקיומה של מערכת משפטית ענפה, עשירה ומתפתחת, הוא קיומה של מערכת חקיקתית ושיפוטית אשר בונה ויוצרת, בהשראת מקורותיה, ולפי צורכי החברה ודרישות הזמן. אלה כאלו, מחייבים, בדרך-כלל, קיומה של מסגרת מדינית, שהאומה העברית לא זכתה לה זה קרוב לאלפיים שנה. השאלה המתעוררת, עובר לדיוננו, היא אפוא, האם ניתן לקיים וליישם מטרה דו-ערכית זו של עיגון ערכים יהודיים ודמוקרטיים משמדובר בתחום המשפט הפלילי?

התשובה לשאלה מקדמית זו היא חיובית וברורה. אכן התקיימה מערכת גדולה, ענפה ועשירה, יוצרת ומתפתחת, של משפט ושיפוט עבריים בכל תחומי המשפט - אזרחי, פלילי וציבורי - ועמדנו על כך במקומות שונים, אם בפסיקתו של בית המשפט העליון ואם בספרים

5 לעיל הערה 1, בעמ' 258-283.

6 ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח (1) 87, בעמ' 105; חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 284.

7 חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 258-260.

8 שם, בעמ' 260-261.

ובמאמרים שונים, כפי שעוד יוזכר בהמשכם של דברים. וככלל תחום מתחומי המשפט, כך גם בתחום המשפט הפלילי, לרגל הקשר המיוחד שבין חלק זה של המערכת המשפטית ובין המציאות החברתית והשינויים המובהקים שחלים בה מעת לעת ומתקופה לתקופה, עברו על מערכת המשפט הפלילי העברי התפתחויות ושינויים רבים, כאמצעות הדרכים המקובלות לכך, היינו המקורות היוצרים המשפטיים,⁹ שבתוך מערכת המשפט העברי. המשפט הפלילי, ככל ענף משפטי עברי אחר, יסודו במקרא, והמשכו בעולמה של הלכה, בתקופת התנאים והאמוראים, בספרות התלמודית ובמקורות הכתר תלמודיים - הפירושים והחידושים, הקודיפיקציות, השאלות ותשובות, ספרות המנהגים והתקנות ועוד כיוצא באלה. בכל התקופות האלה, גם לאחר ביטולה של עצמאות מדינית עברית, המשיכה להתקיים בכל מרחבי התפוצה והגולה היהודיים אוטונומיה עברית פנימית, שאחד מסימני ההיכר המובהקים שלה היתה קיומה של מערכת שיפוטית אוטונומית עברית ככל ענפי המשפט ותחומיו. מציאות אוטונומית זו התקיימה ופעלה עד לסופה של המאה השמונה-עשרה, עם פרוס האמנציפציה. ובכל אלה דנתי ארוכות במקום אחר,¹⁰ ועוד נוסף ונעיין בכך בהמשכם של דברינו להלן. לא כאן המקום להאריך ואסתפק בשניים בלבד: האחד - תיאורה של מציאות משפטית זו באחד, מני רבים, מפסקי-הדין של בית המשפט העליון; והשני - תיעודה של מציאות זו באחד מקובצי התקנות שבמרכז היהודי הגדול בגולה שבספרד.

1. פרשת נגר

על מציאות זו של קיום מערכת של משפט פלילי עברי בתקופות השונות שבהיסטוריה העברית עמדתי בשורה של פסקי-דין שיצאו מלפני בית המשפט העליון.

אחד מן העיקריים שבהם היא פרשת נגר.¹¹ בפסק-דין זה דנו בפירוט רב בהתפתחות שעברה על המשפט הפלילי וסדר הדיון הפלילי, והמעין יעיין שם. כאן נציין קיצורי דברים אחדים בלבד. במקורו הקפיד המשפט העברי הקפדה יתרה על הבאת ראיות ישירות וחד משמעיות לביצוע העבירה על-ידי הנאשם. הנימוק לכך היה, כפי שבא לידי ביטוי בדבריו המאלפים של הרמב"ם, שמשאנו באים להסתפק בראיות נסיבתיות, ייתכן שנפריז על המידה - "וימיתו בני אדם בעוול, באומדן קל, לפי דמיון השופט",¹² ולכן מוטב להקפיד על קיומה של ראיה ישירה וחד משמעית, גם אם בעקבות כך ייתכן שנזכח את מי שראוי היה להרשיע, שהרי "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים".¹³

9 המדרש (=פרשנות), התקנות (=חקיקה), המנהג, המעשה (=case law) הסברא. ראה: מ' אלון המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח) (להלן: המשפט העברי), עמ' 202 ואילך, ועמ' 210 ואילך.

10 ראה: שם, בעמ' 3-67; 425-421; 436-435; 497-496; 569-566, ועוד. וראה להלן בהמשכם של דברים.

11 ע"פ 543/79 נגר ואח' נ' מ"י ואח', פ"ד לה (1) 113, בעמ' 163-170.

12 הרמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה, מצווה ר"ן (בעמ' שא בתרגום י' קאפח, ירושלים, תשי"ח).

13 רמב"ם, שם. על אמרה ידועה אחרונה זו, מקורה וגלגולה - ראה: G. Williams *The Proof of Guilt* (London, 3rd ed., 1963) 186 ff, ומקום כבוד לרבנו הרמב"ם לשימוש באמרה זו.

מנחם אלון

סמוך לסיום תקופת התנאים אנו שומעים על קביעת עיקרון - שעל-פיו נהגו עוד שנים רבות לפני כן¹⁴ - שהיתה לו השפעה מכרעת על המשפט הפלילי העברי, הן מבחינת דיני העונשין והן לעניין סדרי הדין והראיות שבדין הפלילי:

תניא: ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה.¹⁵

על עיקרון זה אמרנו במקום אחר:¹⁶

עיקרון חקיקתי מרחיק לכת זה בדיני העונשין ובסדרי הדין הפלילי, שימש בידי חכמי ההלכה בכל התקופות מכשיר רב-ערך ורב-חשיבות בהסדרת חיי החברה העברית, ומכוחו התפתחה במשפט העברי - ככל שאפשרה האוטונומיה השיפוטית שהוענקה למרכזים היהודיים השונים - חקיקה מרובה בתחומים השונים של דיני העונשין וסדרי הדין הפלילי. חקיקה זו העניקה סמכות נרחבת בקביעת עונשים פליליים ובהסדרת דרכי דיון התואמים את צורכי השעה והחברה, אנגב אזהרה כפולה ומכופלת שלא לקפח על ידם יותר מן ההכרחי את צלם האדם וכבודו. וכך מסכם הרמב"ם, לאחר שהוא קובע תחילה סמכות נרחבת זו שבידי חכמי ההלכה בתחום המשפט הפלילי, את חובתם בהפעלת סמכות זו: 'אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה; ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו' (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה י').

בהמשכם של דברינו בפרשת נגד עמדנו על תשובות שונות מגדולי ההלכה במאות השלוש-עשרה והארבע-עשרה, בדבר תקנות שהותקנו בסדרי הדין ודיני הראיות להכשרת סוגים שונים של הוכחות ועדים, שלפי ההלכה במקורה אין לקבלם כגון, קרובים ואחרים, קטין (גם אם מסיח לפי תומו) והודאת הנאשם, ובלבד שישנן "אמתלאות שאלו העדים אומרים אמת", ושיהיו "ראיות חזקות ואמתלאות אמתיות". הנימוקים לכך הם - משום שכך מחייבים צורכי השעה והמציאות הוזכרת; ומאלף הוא הנימוק הנוסף שבפי הריב"ש, שמאחר שסמכות השיפוט מוענקת לביית-הדין העברי מטעם השלטון הכללי - "צריך לאמת הדין אף בעיני שופטי הארץ שלא מבריתנו, למען לא יחשדונו כדנים לא בצדק ולא במשפט".¹⁷

וכך סיכמנו את דיוננו בפרשת נגד¹⁸

14 ראה, דרך משל, המעשה המובא בשם שמעון בן שטח, ספרי (פינקלשטיין), דברים, כי תצא, פסקא ונא, בעמ' 253.

15 יבמות, ז, ב; סנהדרין מו, א; ובירושלמי חגיגה, פרק ב, הלכה ב, הנוסח הוא: שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כחורה.

16 המשפט העברי, לעיל הערה 9, בעמ' 424.

17 שו"ת הריב"ש, סימן רלד. וראה על יל הנזכר למעלה במפורט פרשת נגד, לעיל הערה 11, בעמ' 168-163.

18 שם, בעמ' 168-170.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

חכמי המשפט העברי העריכו את העובדה, שהשלטון הזר העניק להם סמכות השיפוט הפלילי כאמצעי חיוני לקיום סדרי חברה מתוקנים בציבור העברי ולשם כך התקינו, כאמור, תקנות מרחיקות לכת כדיני הראיות בסדר הדין הפלילי.

וכך אנו שומעים מפיו של ר' יהודה בר' אשר, בנו של הרא"ש, במחציתה הראשונה של המאה הארבע-עשרה בספרד:

"דבר ידוע הוא כי מן היום אשר גלתה סנהדרין מלשכת הגזית, בטלו דיני נפשות מישראל; וכל מה שהדין עתה הוא לגדור פרצת-הדור. וברוך ה' אשר נתן כזאת בלב מלכי הארץ הזאת לתת כח לישראל לדון ולבער עושי רשעה. לולי זה - לא היה קיום לישראל בארץ הזאת. וגם כמה אנשים מישראל ימלטו (מ) דייני ישראל - שהיו נהרגים על-ידי שופטי הגויים. והדינין שאנו דנין בדיני נפשות אינם כולם על-פי התורה..." (שו"ת זכרון יהודה, נח).

ומה הם הדינים שעל-פיהם דנים דיני נפשות? על כך אנו שומעים מפיו כתשובה אחרת, ששלח לדייני קורדובה בקשר לאחד שנאשם בתקיפתו של אחד הדיינים ופציעתו בחבלות קשות (שם, עט):

"...ודבר ידוע הוא שכל המקרים המתחדשים בזמנים הם בלא מספר, אי-אפשר לחקותם על ספר ולפרש כל דיניהם, ועל כן כתבו לנו רז"ל כלל אחד שכולל עניינים רבים, ונתנו כח לבית-דין לגדור גדר בכל זמן לצורך שעה, כדגרסינן בפרק נגמר הדין (סנהדרין, מו, א): תניא: אמר רבי אליעזר בן יעקב, שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... גם כי אין עדים שהכהו, מכל מקום הוחזק בעיר בקלא ולא פסיק (=בשמועה שאינה פוסקת) שהכהו, וגם יש אמתלאות והוכחות, ועד מפי עד; וגם יש עדים שראוהו יושב במארב מכוסה עיניו בבגדיו שלא יוכר במקום שהוכה הדיין. ועוד - אחר שהוכה הדיין ברח ולא נראה עוד בעיר... נראה לי שראוי ליסרו כאילו יש עדים שראוהו שהכהו, כיין שהעונש כדי לגדור הפרצה הזאת, שיהיה כל דיין רשאי לדון האמת ולא יירא מבעלי הדיינים... כל דין ועונש שעושים בית-דין לצורך השעה כאשר יתאמת יענישוהו עונש שיראה לבית-דין, ובלבד שתהיה כוונתם לרדוף הצדק והאמת בלבד, בלא שתוף כוונה אחרת".

לא כל תפוצה יהודית בגולה נהנתה מאוטונומיה שיפוטית נרחבת זו בתחום המשפט הפלילי, ויש שבאותה תפוצה עצמה נשתנתה סמכות השיפוט מתקופה לתקופה (ראה: מ' אלון, המשפט העברי, כרך א, בעמ' 11 והערות 23-25; בעמ' 43 והערה 1). כפי שראינו נהנה המרכז היהודי בספרד מסמכות שיפוט פלילית נרחבת - אף כרי הוצאת פסקי-דין מוות - במשך תקופות ניכרות, ובתקופה מסוימת מצאנו סמכות שיפוט זו אף במרכז היהודי בפולין; ומתוך כך עדים אנו אף במרכז זה לשינויים כדיני הראיות בדיון הפלילי העברי. וכך אנו שומעים, דרך משל, מתשובתו של ר' מאיר מלובלין, מחכמי פולין במאה השש-עשרה (שו"ת מהר"ם מלובלין, קלח):

"הגיע לידי הפסק-דין אשר חרצת על דבר המעשה המכוער והזר, עוון הרציתה שעשה אחד מפריצי בני עמינו, כנזכר בהעדויות אשר שלח מעלת כבוד תורתו לידי. הגם

מנחם אלון

שהעד השני הוא עד מפי עד מסתמא המעשה הרע הוא ידוע ומפורסם... שיסוד הכל שבנו עליו הפוסקים שפסקו שאם בזמן הזה יש כח ביד בית-דין להעניש, אחד בעונש גוף או מיתה, הוא מהא דאיתא בפרק נגמר הדין (סנהדרין, מו, א) ובפרק האשה רבה (יבמות, ז, ב): תניא: אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... שבית-דין מכין ועונשין כדי לעשות גדר... שכתב רבינו ירוחם... וזה לשונו: וכל זה אפילו בחוץ-לארץ ואפילו בלא התראה וכו' ואפילו דליכא עדות ברורה, כל שנראה לדיין לעשות עושה...¹⁹

סיכומו של דבר. ברבות הימים ועם שינוי העתים, לא יכול היה המשפט העברי לעמוד בדרישה "שלא יקוים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, בירוד שאין בו שום ספק, ואי-אפשר להסבירו אחרת בשום אופן" (ספר המצוות לרמב"ם, צוטט לעיל). צריך היה, משום צורכי השעה, להרשיע גם על-פי ראיות נסיבתיות, על-פי "אומד ודימוי". וכדי למנוע את החשש שירשיעו על-פי "אומדן קל לפי דמיון השופט", נשנתה, וחזרה ונשנתה הדרישה, שהעדות, גם אם אינה ישירה וברורה, צריך שתהא כזאת שהדיינים "נראה להם שהעניין אמת" (שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, י"ט) ודנים כאשר דנים רק "כאשר יתאמת" ושתהיה כוונתם לרדוף הצדק והאמת נלבד, בלא שתוף כוונה אחרת" (שו"ת זכרון יהודה, ע"ט). מתוך כך הותרה במשפט העברי קבלת עדותם של עדים קרובים ופסולים על-פי דין, של הפללה עצמית אם יש עמה "קצת אמתלאות" התומכות בה, ושל עדות נסיבתית בקשר להרשעת אדם ונרצח, כאשר אין ספק בקשר למותו של הקרבן. ומגמה זו מעניינת ומאלפת היא גם לעוניינו.²⁰

2. תקנות ואלידוליד

נוסיף ונעניין בתיעודה של מציאות משפטית זו, כפי שהיא עולה מתוך תקנה שהותקנה במרכז היהודי הגדול שבספרד. במחצית הראשונה של המאה החמש-עשרה, כיהן דון אברהם בנבנישתי כרב דה לה קורטי (=רב החצר) ושופט עליון ומחלק המסים של כל קהילות

19 וראה עוד: שו"ת איתן האזרחי לר' אברהם הכהן רפפורט, מתכמי פולין בתחילת המאה השבע-עשרה, ג-מ, ובחשובה הסמוכה (מה) משל ו' מאיר בר' אברהם ז"ק, מתכמי פולין שבמאה השש-עשרה.
20 וראה עוד ב"ש 22/83 קראוס נ' מ"י, י"ז (1) 365, בעמ' 368-369; ע"פ 556/80, 614 מוחמד עלי ואח' נ' מ"י; אל בחירי נ' מ"י, פ"ד לו (3) 169. בפסק-דין זה נידון עניין הודאת הנאשם בעבירה המיוחסת לו. לפי החוק והפסיקה, נאשם שהודה מחוץ לכוחלי בית המשפט - אין להרשיעו על סמך הודאה זו בלבד, אלא אם וכאשר קיים דבר מה נוסף להזיוק האמור בהודאתו. לעומת זאת, אם הודה בבית המשפט בעבירה המיוחסת לו, די בכך בלבד כדי להרשיעו. השאלה שעמדה לדין בפסק-הדין הנ"ל היתה האם יש בה בשתיקת הנאשם בבית המשפט כדי לשמש דבר מה נוסף להודאתו מחוץ לכוחלי בית המשפט, וזאת על-פי האמור בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), שלפיו - "הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה". לדעת השופטת מרים בן פורת יש בה בשתיקה כאמור כדי להוות דבר מה נוסף להודאת הנאשם מחוץ לכוחלי בית המשפט; לדעת הרוב (השופטים מנחם אלון ויצחק שילה) יש בשתיקה הנאשם רק כדי לסייע לראיות אחרות שהובאו על-ידי התביעה, אבל לא לראיה המבוססת אך ורק על הודאתו של הנאשם מחוץ לכוחלי בית המשפט; ותוך כדי דיון בשאלה מיוחדת זו נידון גם עניין הודאת הנאשם בכללותו, לפי המשפט הישראלי והמשפט העברי, וההשפעה ביניהם. וראה עוד פויק-הדין המובאים בהמשכם של דברינו.

קאסטיליה שבספרד. בשנת 1432 כינס דון אברהם בנבנישתי את מורשי הקהילות ותכמיהן בעיר ואלידולידי, מקום מושבו של חצר המלך, והתקינו תקנות בעניינים ידועים "שהם עבודת הבורא ית' (=יתברך) וכבוד התורה הקדושה ועבודת המלך י"א (=ישמרנו אלוקים) והצלחת הקהילות יצ"ו (=ישמרן צור וינצורן) ותועלתם". בתקנות אלה מצויה קודיפיקציה מלאה בשטחי המשפט והמינהל של קהילות קסטיליה; הסבר מעניין לאוטונומיה שיפוטית רחבה זו, שכללה גם הוצאת פסקי-דין מוות נגד מי שהורשע בפעם השלישית על הלשנה, אנו מוצאים בדברי ההקדמה לשער השלישי של קובץ התקנות:

מאחר שהוא רצונו וחסדו של אדוננו המלך י"א (=ישמרנו אלקים) יאריך ימים על ממלכתו, שדינינו האזרחיים והפיליליים יהיו נידונים על-פי חוקי היהודים, והוא ציוה בכתב הפריבילגיה שלו, שהנכבד דון אברהם י"א ישפוט אותנו, הוא והדיינים שימנה במקומו; ומכאן יוצאות לקהילות יצ"ו תועלות מרובות: ראשית - היהודים ישמרו בזה את תורתם; שנית - הם יפטרו את עצמם מכמה הוצאות ונזקים, המתהווים להם כשהם הולכים לערכאות של גויים; שלישית - לפי שהשופטים (של האומות), אף על-פי שהם חכמים גדולים ואנשי צדק ומשפט, לא הורגלו במשפטינו ובחוקינו, עד שיהיו בקיאים בהם ומומחים; רביעית - בגלל הסיבה הזאת מטרידים לאדונים, לשופטים ולאלקלירים; ובכל הזמנים היו תקנות והסכמות בעניין הנ"ל בקהילות קסטיליא יצ"ו; ועוד - לפי שאדוננו המלך י"א ציוה בכתבו הנ"ל לשופטיו ולדייניו שלא יתערבו בדיינים שיש בין היהודים אחד עם חבירו וכולי.²¹

לפנינו סמכות שיפוט רחבה ביותר - דינינו האזרחיים והפיליליים - ושופט עליון יהודי הממנה שופטים אחרים תחתיו. התועלת הראשונה והגדולה ביותר שיוצאת מאוטונומיה זו היא כמובן, כאמור לעיל, שהיהודים ישמרו בזה את תורתם, כי ידונו לפי המשפט העברי. מותר להניח, כי האמור לעיל בדבר הרצון לחסוך טרחה יתרה מאת השופטים הנכריים, לא בא אלא כדי ליפות ולהנאות את התקנות בעיני המלך, וכי לא זה הגורם לשביעות הרצון של יהודי קאסטיליה מהאוטונומיה.

להשלמת הבנתה של תופעה מאלפת זו בדבר קיום אוטונומיה שיפוטית עברית תחת שלטון מדיני זר, יש לציין כי נוסף על גורם פנימי זה לקיומה של אוטונומיה שיפוטית עברית, היינו אופיו הדתי והלאומי של המשפט העברי, והמשמעת והחובה של בן העם היהודי באשר הוא, הנובעת מכך, להיזקק למערכת השיפוט העברית, נתאפשרה קיומה של מערכת שיפוטית זו הודות לגורם נוסף, גורם חיצוני, והוא התפיסה המשפטית-מדינית של מושגי שלטון ושיפוט כפי שהיו מקובלים ונהוגים עד המאה השמונה-עשרה, והיחסים הפיסקליים והחברתיים שכין השלטון והמעמדות השונים - והזרים בכלל זה - שגרו בתחום שלטונו. שיטת המשפט היתה מבוססת על השתייכות פרסונלית קבוצתית - ולא על עקרון הטריטוריאליות כמקובל במדינה המודרנית כיום - והמדינה הכירה במערכות משפטיות

21 מ' אלון "המאסר במשפט העברי", בתוך: ספר היוכל לפנחס רוזן (תשכ"ב) 171, בעמ' 180-181; המשפט העברי, לעיל הערה 9, בעמ' 645-650. תקנות רבות נוספות בעניין האוטונומיה השיפוטית ראה עוד שם, בפרקים 19 ו-20, בעמ' 558-712, ובמאמר הנ"ל על המאסר במשפט העברי.

מנחם אלון

שונות של גופים שחיו בתוכה. נכונותו של השלטון הכללי להעניק אוטונומיה זו גם לקיבוץ היהודי נבעה משיקולים שונים, שהעיקריים שבהם היו שיקולים פיסקליים, היינו הטלת מסים כבדים על היהודים, בעד זכות ישיבתם, מגוריהם והאוטונומיה הפנימית שהוענקה להם.²² "לרצונה ולדבקוּתה של כנסת ישראל לשמור על משפטה הדתי-לאומי נצטרפו תנאים וגורמים חיצוניים, שאפשרו לה להגשים את רצונה, וכך שמר העם העברי על משפטו כעל משפט חי ונוהג, כשבית דינו מלווהו בנאמנות בכל פוזרותיו ותפוצותיו".²³ ומתוך שהיה משפט חי, שימושי ונוהג בחיי המעשה, נתון היה להתפתחות מתמדת ובלתי פוסקת, תוך שמירה על רוחו, על מגמתו ורציפותו ועל הרעיון המרכזי שביסודו של כל מוסד ועיקרון משפטי שבו.²⁴

ב. המשפט הפלילי בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

1. עקרונות חוק-היסוד בתחום המשפט הפלילי

משבאנו לכאן, נעיין קמעא בנושא ייחודי - השלכות חוק-היסוד על המשפט הפלילי. כבר הזכרנו,²⁵ כי חלק ניכר מעקרונות היסוד המנויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מצויים בתחום המשפט הפלילי. כך הוא לעניין איסור הפגיעה וההגנה על חייו, על גופו ועל כבודו של האדם, שעניינים רבים שמתחום המשפט הפלילי באים בתחומיו, וכך הוא לעניין איסור הפגיעה בחירות האישית על-ידי מעצר ומאסר, לעניין עריכת חיפוש בגופו של אדם ולעניין ההוראות השונות באשר לצנעת הפרט. אכן, פירוש המושג "כבוד האדם" שבחוק-היסוד צריך שייעשה בזהירות מרובה, שאב לא גנהג כך, כמעט שאין לך דבר שאינו ראוי להיכלל בו. אך מאחר שהמחוקק ייחד, כאמור, חלק ניכר מהוראותיו המפורשות שבחוק-היסוד לעניינים שבתחום המשפט הפלילי, מן הראוי שתחום זה ייכלל, במידה הראויה והסבירה, במושג "כבוד האדם", שאנו מצויים בחוק-היסוד שלא לפגוע בו ולהגן עליו. עקרונות אלה שבחוק-היסוד היו קיימים במערכת המשפט הישראלית גם לפני חקיקתם של חוקי-היסוד האמורים, אך הדעת נותנת שעם הפיכתם לעקרונות יסוד בעלי אופי חוקתי, החקוקים עלי ספר, מן הראוי להקפיד הקפדה יתרה בקיומם ובשמירתם. אכן, לפי האמור בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד"; אך הוצעת נותנת, כי ככל הניתן בפרשנות סבירה וראויה, ולפי טיבו של הנושא העומד לדין, מן הראוי ליישב ולעשות שלום בין האמור בעקרונות יסוד שבחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו ובין פרשנותם של עקרונות יסוד אלה בטרם היכנס חוק-היסוד לתוקפו.²⁶ שהרי בתחום המשפט הפלילי פוגעים אנו בחזקת הכשרות של כל אדם שהוא חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו על-ידי הרשעה בדין, חזקה שהיא חלק מהותי

22 ראה דיון מפורט בנושא זה: המשפט והעברי, לעיל הערה 9, עמ' 4 ואילך.

23 שם, בעמ' 35.

24 ראה: שם, בעמ' 42 ואילך.

25 חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 253-254.

26 שם, בעמ' 254.

ביותר של כבודו; בחירותו ובגופו על-ידי מעצרו וענישתו; ובצנעת הפרט שלו. ככל אלה יש משום פגיעה קשה וחמורה בזכויות האדם הבסיסיות ביותר. ההצדקה וה"איזון" (סעיף 8 לחוק-היסוד) לפגיעות אלה הם בכך שאדם שעבר עבירה, דינו להיענש לפי הקבוע בחוק, מטעמים של שמירה על שלום הציבור ועל ביטחונו, ומתוך שיקולי ענישה נוספים כגון, הרעתו הוא והרתעת אחרים מלחטוא בפלילים, הבעת סלידה של החברה מעבריינות חמורה החותרת תחת אושיותיה התרבותיים של החברה וכיוצא באלה. החשיבות המיוחדת של זכויות היסוד האמורות של האדם מחייבות זהירות יתרה בשמירה על הגבול הנאות והאיזון הגבוה שבין השמירה על זכויות היסוד מחד גיסא, ובין רשות הפגיעה בהם מהטעמים האמורים מאידך גיסא, יותר מאשר כל תחום אחר שבו הפגיעה בזכויות היסוד אינה כה חמורה ומחמירה. אמרנו על כך בפסיקתנו - לעניין הזהירות היתרה שבה אנו מחויבים בטרם באים אנו לעצור חשוד בפלילים כל עוד הוא בחזקת זכאי, לעניין שמירה מרבית על קיום הליכים הוגנים בבירור דינו ולעניין הקפדה על שמירת כבוד האדם האלמנטרי גם לאחר שהורשע בדיון ומרצה את עונשו - כדברים אלה:²⁷

חכמינו הורונו: 'חביב אדם שנברא בצלם' (אבות, ג, יד). ערך יסוד זה שבעולמה של יהדות הוא הוא התשתית, לב לבו של עקרון חירות האדם. חביבותה של חירות כל יחיד ויחיד, של חופש של אדם באשר הוא אדם, ממנה פינה וממנה יתד לחביבותם של חירות הביטוי וחופש ההפגנה. מתוך מכלול החירויות שאנו מצווים על שמירתן, ההגנה הראשית והראשונית היא זכותו של היחיד הבודד ו'האפור', שהרכיבים, לעתים קרובות, אדישים כלפיו, והוא נשכח במאבקו, שלא תישלל חירותו ושלא יפגע חופשו; שמירת זכות זו קודמת - ובכחינת תנאי כל יעבור - לזכות חירות הביטוי של היוצר והאמן ולחופש ההפגנה של בעלי דעה פוליטית והשקפת עולם, שהציבור חש בקיומם ועוקב אחר פעילותם ולא יתן להם להישחק מעין הרואה ולהיעלם מהיד הכותבת. חביב אדם שנברא בצלם - כל אדם, כקטן כגדול, כנעלם כמפורסם; ועל מכלול זכויותיו מצווים אנו להגן ולשמור, ואף אם סולדים אנו ממעשים שעשהו."

דרך זו נקוטה היתה בידי מימים ימימה, על-פי פרשנותי להוראות סדרי הדין והדין הפלילי שבמערכת המשפטית במדינה, תוך הסתמכות נרחבת על מקורות המשפט העברי. בכמה וכמה עניינים, שעליהם אעמוד בהמשכם של דברים, נחלקו הדעות בין שופטי בית המשפט העליון. לדעתי, עם היכנס חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו למערכת משפט של מדינת ישראל, שתכלית פרשנותו היא לעגן במערכת משפט של מדינת ישראל ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, חייבים אנו לחזור ולעיין בפסיקתנו ולהתאימה, אם ניתן וככל שניתן, בדרך פרשנות סבירה וראויה, כדי למנוע פגיעה חמורה בעקרונות היסוד האמורים

27 ב"ש 1/87, 6, 16 דנאשויילי ואח' נ' מ"י, פ"ד מא (2) 281 בעמ' 289 - לעניין מעצר בטרם משפט; בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מר (4) 626, בעמ' 637-638, לעניין זכות הטיועון; בג"צ 3412/92 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח', פ"ד מז (2) 843, בעמ' 850-851 לעניין זכות הפגישה עם עורך-דין; צ"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מ"י, פ"ד מה (5) 221, בעמ' 264, וכן דנ"פ 4390/91 מ"י נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3) 661, בעמ' 694 - לעניין זכות הנאשם לחקירה נגדית של עד שבא להפיל, ועוד. ועל אלה, וכיוצא באלה, עוד נעמוד להלן.

מנחם אלון

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על-פי הסינתזה של מדינה יהודית ודמוקרטית, שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים ולאורה. ובוודאי כך ראוי שיעשה לעניין נושאים שטרם הוכרעו בפסיקה ראויה ומחייבת, ושכיום הזה יש במציאותם במערכת משפטנו משום פגיעה חמורה וקשה בעקרונות היסוד האמורים. לצערי, אף-על-פי שעברו מספר שנים מאז היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, לא הושפעו משינוי מהותי זה כמה וכמה ענייני יסוד שבסדר הדיון והמשפט הפלילי, בכל הנוגע לשמירה על זכויותיו הבסיסיות של האדם האפור, הנשכח והבודד, עניינים שאינם נמנים על אלה ששנויים במחלוקת קשה בחברתנו, השסועה והמפולגת בהשקפות עולם ובערכים שבאורת חיים.

2. העיון בדרך הסינתזה שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים נושא המשפט הפלילי רחב ידיים הוא, ואסתפק בהדגמת דבריי במספר סוגיות. הדוגמאות שמבקש אני להצביע עליהן, חילקתי לארבעה עניינים, והמה:

(א) נושאים שבהם מצויה פסיקה משפטית המוסכמת על הכול, ושעולה בקנה אחד עם הנוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיקר מטרתו בדיון בנושאים אלה היא להדגים את דרך הסינתזה שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים, כפי שבאה לכלל ביטוי בפסיקתו של בית המשפט.

(ב) נושאים שבהם הפסיקה שנויה במחלוקת, אם גדולה ואם קטנה.

(ג) נושאים שטרם הוכרעו בפסיקה ראויה ומחייבת.

(ד) כלל הפסלות (Exclusionary Rule) לעניין ראיות שנגבו תוך כדי פגיעה חמורה בהנוראות חוק-היסוד.

ככל אחד ואחד מכל אלה נעיינ בדרך הסינתזה שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים.

ג. נושאים שבהם מצויה פסיקה משפטית מוסכמת על הכול

1. זכות הטיעון של הנאשם
דוגמה ראשונה לכך היא זכות הטיעון של הנאשם. זכות זו מן המוסכמות היא בערכה של דמוקרטיה מערבית.²⁸ מבקש אני להצביע על דברים שאמרת בעניינה של זכות ראשונית זו, לפי ערכיה של מדינה יהודית:²⁹

הזכות לטיעון, ולהישמע בבית המשפט, מקורה ויסודה במורשת ישראל מקדמת דנא, וחכמי ישראל ראוה כזכות יסוד הקדומה ביותר בתרבות אנוש. סוגיה זו גדולה ומאלפת היא, ולא כאן המקום להאריך בה. נצטט דברים - שהם בבחינת מועט המכיל את המרובה - שנאמרו על-ידי ר' משה איסרליש, הרמ"א, מגדולי הפרוסקים ובעל

28 ראה, דרך משל, בג"צ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב (3) 161; בג"צ 118/80 גוינשטיין נ' פרקליט צבאי ראשי, פ"ד לה (1) 239; צ"פ 768/80 ש' שפירא ואח' נ' מ"י, פר לו (1) 337.

29 בג"צ האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 637-638. וראה עוד ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57, בעמ' 88-93; בני"צ 84/82 הסתדרות פועלי אגודת ישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד לו (1) 813, בעמ' 817-818.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

המפה (ההגהות) שעל השלחן ערוך, וממנהיגיו של המרכז היהודי בפולין במאה השש-עשרה. ואלה דבריו (שו"ת הרמ"א, קח):

"פשיטא, דאי-אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענת הנתבע, כי התורה אמרה: 'שמוע בין אחיכם'" -

הוא הפסוק שבספר דברים א, טז: 'ואצוה את שופטיכם בעת ההיא לאמור: שמוע בין אחיכם, ושפטתם צדק, בין איש ובין אחיו ובין גרו'. והרמ"א ממשיך ואומר:

"ואף כי הדבר פשוט, נוכל ללמדו מדרכי השם יתברך, כי כל דרכיו משפט, ודרכיו דרכי נועם, ונתיבותיו שלום.

התחיל באדם לשאול: 'מי הגיד לך כי עירום אתה? המן העץ... ויאמר האדם...' (בראשית, ג, יא-יב; משפטו של אדם הראשון בטרם גירשו מגן העדן - מ"א);

וכן לקין אמר לו: 'אי הבל אחיך? ויאמר: לא ידעתי... ויאמר: מה עשית...?' (בראשית, ד, ט-י; משפט הרצח הראשון - מ"א), כדי לשמוע טענותיו, קל וחומר (שכך יש לנהוג - מ"א) להדיוט (כאשר השופט הוא בשר ודם, הדיוט - מ"א);

וכזה דרשו רבותינו זכרונם לברכה (ראה מדרש תנחומא, פרשת נח, פסקא יח; מדרש תנחומא, מהדורת בובר, פרשת נח, פסקא כח - מ"א), ממה שנאמר: 'ארדה נא ואראה, הכצעקתה הבאה אלי, עשו' (בראשית, יח, כא, פרשת סדום ועמורה - מ"א): 'לימד לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו' (וראה רש"י, בראשית יח, כא, ובראשית יא, ה - מ"א).

ומינה (ומזה יש להסיק - מ"א), כי אף בדבר שברור לדיין שיתחייב הנתבע, על כל פנים צריך לשמוע טענותיו תחילה."

זאת תורת זכות הטיעון, האמורה בתורה, ושחכמים ראוה כיסוד מוסד, אף, כביכול, בבית-דין של מעלה, וקל וחומר שכך צריך לנהוג בבית-דין של מטה. ועד כמה מהותית וחשובה היא זכות הטיעון, שאף אם הדבר ברור, ובטענות שייטענו לא יהא כדי לשנותו, צריך שתינתן לבעלי הדין זכות הטיעון לפני בית המשפט, בטרם יוציא זה את פסק דינו.³⁰

2. זכות הייצוג של הנאשם

מתוך זכות הטיעון נובעת, מאליה, זכותו של הנאשם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין שישימש כסניגורו. זכות זו מצויה, במירה מסוימת, בדברי חקיקה מפורשים, והורחבה ובוססה בפסיקתו של בית המשפט העליון "כזכות יסוד... הנגזרת מזכותו של האדם לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), והיא אספקט אחר של זכות השתיקה".³¹ זכות זו מושרשת היא בעולמה של יהדות. אמרנו על כך בפרשת סופיאן (שם, בעמ' 850-851):

30 אשר לשאלה אחרונה זו ראה והשווה בפסקי-הדין המפורטים בהערות 28 ו-29 לעיל.
31 סופיאן, לעיל הערה 27, בעמ' 847.

מנחם אלון

כאמור, זכות הפגישה של עצור עם עורך-דין נגזרת היא מזכותו של האדם לחירות אישית (סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), וכיתר הזכויות שבחוק-היסוד האמור, באות הן "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1, שם).

כלל גדול הוא בעולמה של יהדות, כי "מי שאינו יודע לשאול - את פתח לו" (מכילתא, בא, פרשה יח; ירושלמי, פסחינו, פרק י, הלכה ד; ברייתא זו מובאת בהגדה של פסח). ואין זה עיקרון בתחום החינוך והלימוד בלבד. לעניין הלכות שונות, שבהן בעל דין עלול לקפח את זכותו המשפטית, מתוך שהוא נמצא במצוקה - אישית או כלכלית - ואינו יודע מה טענה עליו לטעון כדי לבוא על זכותו, קבעו חכמים, שכאשר בעל הדין אינו טוען טענת זכות שיש לו, אנו - בית-הדין - טוענים לו: "כגון זה - פתח פין לאילם" (כתובות, לו, א; גיטין, לו, ב; והשווה בבא בתרא, מא, א)...³²

ואם כך הוא בדין מדיני המשפט האזרחי, על אחת כמה וכמה שכך הוא משנללה חירותו האישית של האדם, בדין מדיני הפלילים, שמצוים אנו לפתוח לו ולהודיע את זכויותיו. וכך אנו שונים במשנה: "דיני נפשות פותחין לזכות" (משנה, סנהדרין, ד, א). עיקרון זה באשר לאופן פתיחת הליכי הדיון הפלילי, הרבה דברים נאמרו בפירושו. לפי פירוש אחד, בית המשפט פותח ואומר: "כל מי שידע לו (לנאשם - מ"א) זכות, יבוא וילמד עליו" (סנהדרין, לב, ב); לפי פירוש אחר, בית המשפט "אומרים לזה שחטא: אם לא עשית דבר זה שהעידו בו עליך, אל תירא מדבריהם" (רמב"ם, סנהדרין, י, ז, על-פי בבלי סנהדרין, שם)...³³ והדבר אינו צריך לפנינו, שבציקרון של 'פתיחה בזכות' בפלילים כלולות בימינו, בראש ובראשונה, הן זכותו של העצור בפלילים לדעת על קיומה של זכותו להיפגש עם עורך-דין והן החובה המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור".

3. השוואת בעלי הדין

בפסיקה שבארצות-הברית ראו בזכות הייצוג של הנאשם על-ידי סניגור משום קיום משפט הוגן, על-ידי השוואת בעלי הדין בכושר טיעונם בפני בית המשפט; משום כך - נאשם עני,

32 ביטוי זה - פתח פין לאילם - תחילתו של פסוק הוא, ואמרו החכם מכל אדם: "פתח פין לאילם, אל דין כל בני חלוף" (משלי, לא, ח). וכך פירושו הפרשנים: "שתשפוט צדק על דין עני ואכיון, ואל יפקד מהם משפטם, מפני חולשתם וחזוק [המעמד החזק - מ"א] אשר כנגדם" [רלב"ג (דכי לוי בן גרשום, המחצית הראשונה של המאה הארבע-עשרה, ספרד), משלי, לא, ח]. ובדבריו של המלבי"ם (מאיר ליבוש בן יחיאל מיכל [נויסטר], המאה התשע-עשרה, רומניה) משלי, לא, ח: "אתה צריך לפתוח פין לאילם, שאינו יכול לטעון טענותיו, צריך שאתה תטענו בשבילו; וכן פתח פין אל דין כל בני חלוף, האנשים שהתחלף מזלם וירדו מנכסיהם, ויש להם דין ודביו עם העושקים אותם"; פרשת סנפיא, לעיל הערה 27, בעמ' 851.

33 וראה בית הבחירה [לר' מנחם המאירי (המאה השלוש-עשרה, דרום צרפת) - על המשנה סנהדרין, לא, א]; ובתלמוד הירושלמי (סנהדרין, פרק ג, הלכה א) נאמר: "שאומרין זה לזה (הדיינים) לפניו (בנוכחות הנאשם) כמתמיהין: אפשר שזה הרג את הנפש?" (ראה, המאירי, בית הבחירה, סנהדרין, לב, ב, ד"ה זה שביארנו). ועוד הלכות רבות נשנו בדברי החובה ללמד זכות בפלילים, ולא כאן המקום להאריך (ראה, דרך משל, סנהדרין, מב, ב-מג, א; רמב"ם, סנהדרין, יג, א). פרשת סנפיא, שם.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

שאינן ביכולתן לשכור לעצמו עורך-דין, חובה על בית המשפט להמציא לו עורך-דין שיטען את טיעוניהם להגנתו. וכך נאמר בפרשת *Gideon v. Wainwright* על-ידי השופט Black:

Our state and national constitutions and laws have laid great emphasis on procedural and substantive safeguards designed to assure fair trials before impartial tribunals in which every defendant stands equal before the law. This noble ideal cannot be realized if the poor man charged with crime has to face his accusers without a lawyer to assist him.³⁴

רעיון זה מצא ביטוי מאלף עוד בהלכה התלמודית ובפסיקה שעל-פיה. מהפסוק "בצדק תשפוט עמיתך",³⁵ למדו חכמים:³⁶ "שלא יהא אחד ישוב ואחד עומד, אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו - קצר דבריך".³⁷ ורבינו משה ברי מימון מסכם ואומר:

מצות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: בצדק תשפוט עמיתך. אי זהו צדק המשפט? זו השווית שני בעלי דינים בכל דבר. לא יהא אחד מדבר כל צרכו, ואחד אומר לו קצר דבריך. ולא יטביר פנים לאחד וידבר לו רכות וירע פניו לאחד וידבר לו קשות. שני בעלי דינים שהיה אחד מהם מלובש בגדים יקרים והשני לובש בגדים בזויין - אומר למכובד: או הלבשהו כמותך עד שתדון עמו, או לברש כמותו עד שתהיו שוין, אחר כך תעמדו בדין.

לא יהיה אחד יושב ואחד עומד אלא שניהם עומדים; ואם רצו בית-דין להושיב את שניהם - מושיבין. ולא ישב אחד למעלה ואחד למטה, אלא זה בצד זה.

ולהלן מביא הרמב"ם הלכה נוספת, הכלולה אף היא במשמעות זו של עשיית צדק (שם, כג, ז):

אסור לדיין לדרון למי שהוא אוהבו, אף על-פי שאינו שושבינו ולא רעו אשר כנפשו; ולא למי ששונאו, אף-על-פי שאינו אויב לו ולא מבקש רעתו. אלא צריך שיהיו שני בעלי דינים שוין בעיני הדיינים ובלבם. ואם לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיר - אין לך דיין צדק כמוהו.

צדק זה עניינו בדרך השיפוט, באופן הפעלת החוק; הדוגמה הקלאסית לשיפוט צדק במובן זה הוא - ככותרת המופיעה בראש סימן יז שבשולחן ערוך, חושן משפט - "להשוות הבעלי דינים בכל דבר"; הצדק במשמעות זו מטרתו לשלול כל אפליה (discrimination).

34 372 U.S. 335 (1963)

35 ויקרא, יט, טו.

36 שבועות ל, א.

37 רמב"ם, סנהדרין, כא, א-ג.

מנחם אלון

רדיין צדק הוא הדיין שיחסו לכל אחד מבעלי הדין שווה באותה מידה.³⁸ ומוסיף ואומר ר' חיים בן עטר, מגדולי חכמי מרוקו במאה השמונה-עשרה:³⁹

"שלא יהיה השופט מצהיל פניו ונושא עיניו באתר מהם, ומשפיל עיניו מאחד מהם, אלא שתהיה השמיעה שנה ביניהם".⁴⁰

4. חיפוש על גופו ובגופו של אדם

דוגמה נוספת לפסיקה מקובלת שאינה שנויה במחלוקת היא כאשר לעריכת חיפוש על גופו ובגופו של אדם. על התנאים והסייגים לעריכת חיפוש כזה, על-פי המשפט העברי וערכיה של דמוקרטיה שוחרת חופש עמד בית המשפט העליון בפרשת קטלן.⁴¹ מן הראוי שנעיין בסוגיה זו, לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמיוחד סעיף המטרה שבחוק-היסוד בדבר עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, כפי שעלתה ונידונה בפנינו בעניין גואטה.⁴² בפרשה זו ערכו שוטרים, בשעת לילה מאוחרת, חיפוש על גופו של אדם, כשזה נעצר ברחוב, נלקח לפינה למקום מסתור, ונדרש להסיר את בגדיו לצורך החיפוש. הסמים נתפסו כשהם מוצנעים בין ישבניו. לפי המידע שהיה בידי המשטרה, האדם שעל גופו נערך החיפוש היה נתון במעקב בחשד של סמים, והחיפוש נערך בהסכמתו. חלק ניכר מהפרטים האמורים לא היו בפני בית המשפט המחוזי שהחליט שלא לעצור, ללא כל תנאי. בערר שהוגש מטעם המדינה החליט בית המשפט העליון לקבל את הערר. במובן זה שישוחרר ממעצרו אם ייתן ערבות אישית וערבית צד ג, יציאתו מן הארץ נאסרה, וכן חויב להתייצב במשטרה שלוש פעמים בשבוע.

בפסק-הדין נידונה במפורט שאלה עריכת חיפוש בגופו של אדם, לפי הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך נאמר בו (בעמ' 714):

השמירה על כבוד האדם וצנעותו, שמרומזת היא בהוראה שהחיפוש לא ייערך אלא על-ידי בן מינו, כוללת היא עניינים שמעבר לכך. מסקנה זו מחויבת היא במיוחד מעת חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 2 לחוק-היסוד מורה, כי 'אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם', ומוסיף וקובע סעיף 7 של חוק-היסוד, בסעיף קטן (א), כי 'כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו', ובסעיף קטן (ג) נאמר, כי 'אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו'.

38 וכן ראה שר"ע, חו"מ, יז, א. וראה עוד ש"ך, שם, סעיף קטן א, וב"ח לטור, שם.

39 בפירושו אור החיים, לדברים, א, טו.

40 וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 9, בעמ' 149-150; וכן ראה בעניין חובת ייצוג על-ידי סניגור - י' שאר "סדר-דין פלילי", בתוך: ספר השנה של המשפט בישראל (בעריכת אריאל רוזן-צבי), תשנ"ב-תשנ"ג, 375, בעמ' 394-395, 399-400.

41 בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לד (3) 294, מפי הנשיא לנדוי, המשנה לנשיא, השופט חיים כהן והשופט ברק; הדברים הוואו במאמרי "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, בעמ' 675-677, ועיין שם.

42 מ"י נ' גואטה, בש"פ 2145/92, מו (5) 704.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

בידוע, כי איסור הפגיעה בזכויות יסוד אלה יכול שיהא מותר על-פי עקרון האיזון, המצוי בסעיף 8 לחוק-היסוד, ואשר זו לשוננו:

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש”.

וערכיה של מדינת ישראל הלא מפורשים הם בסעיף הראשון של חוק-היסוד, אשר זו לשוננו:

“חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית”.⁴³

בפסק-הדין נידונו במפורט ההוראות הרלוונטיות בסוגיה זו לפי ערכיה של מדינה דמוקרטית, מתוך עיון במערכת משפט של ארצות-הברית ואנגליה.⁴⁴ במיוחד דן פסק-הדין, בהרחבה ובפירוט רב, בעמדת המשפט העברי בסוגיה זו, ובכל ההוראות הקשורות עמה, ובמיוחד בעקרון היסוד של כבוד האדם, בהקשר לביזוי, החיפוש בגופו וזנעת הפרט, מקורו של עקרון יסוד זה, תוכנו ודרך האיזון בינו ובין עקרונות משפטיים אחרים. מצאנו לנכון להרחיב בפסק-הדין את העיון בכל אלה מבחינת המשפט העברי - גם מעבר למה שהיה דרוש לעניין השאלה המיוחדת הנידונה בפרשת *גאטה* - כדי לקבוע הנחיות עקרוניות לא רק לעניין הסוגיה המיוחדת שעלתה בפרשת *גאטה*, אלא גם לעניין סוגיות עקרוניות אחרות בתחום המשפט הפלילי שבהן עשויה לעלות משמעותו של עקרון כבוד האדם ודרך איזונו, כאשר לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מן הראוי הוא לחזור ולעניין בפסיקה שהיתה מקובלת בידינו לפני היכנס חוק-היסוד לתוקפו; ועל כך נעמוד בהמשכם של דברינו.⁴⁵ מן הראוי אפוא לעיין בדיון מפורט זה שבפרשת *גאטה* באשר לעולמו של המשפט העברי, כפי שהוא מצוי בגופו של פסק-הדין,⁴⁶ אך במסגרת מאמרנו זה נעמוד על עיקרי הדברים בלבד.

עקרון-על בעולמו של המשפט העברי הוא - “ועשית הישר והטוב בעיני ה'” (דברים, ו, יח).⁴⁷ על-פי כלל גדול זה של עשיית הישר והטוב נקבעו הוראות שונות שהצדק והיושר ביסודן.⁴⁸

- 43 בהמשכם של דברים נידונה משמעותה של תכלית דו-ערכית זו ופרשנותה. ראה על כך במאמרנו: חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, עמ' 258 ואילך.
- 44 שם, בעמ' 719-724; ועיין שם.
- 45 ראה להלן, עמ' 25 ואילך, בעניין נושאים שבהם הפסיקה שנויה במחלוקת, ובמיוחד לעניין נושא כלל הפסילה (Exclusionary Rule) באשר לראיות שנגבו שלא כדין, שבעניינו מן הראוי לשנות מן הפסיקה המקובלת כיום. ראה להלן, עמ' 73 ואילך.
- 46 *גאטה*, לעיל הערה 42, בעמ' 714-719.
- 47 עקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין “הוראה מלכותית”, במערכת המשפט העברי כולה; וראה ע"א 148/77 *דוט נ' ישופה*, פ"ד לג (1) 617, בעמ' 636.
- 48 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 9, בעמ' 512-515 והערות שם.

מנחם אלון

מכותו של עקרון-על זה, נידויה במשנתם של חכמים, בין היתר, גם שאלת עריכת חיפוש באדם. חילוקי הדעות כשאלה זו עלו לעניין מי שנכנס לתרום את השקלים בלשכה שבבית המקדש...⁴⁹ לדעה אחת (תוספתא, שקלים, ב, א):

"נכנס לתרום את הלשכה, היו מפשפשיין בו בכניסה וכיציאה, ומדברין עמו משעה שנכנס עד שעה שיצא, לקיים וזה שנאמר: והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר לב, כב);

כלומר, היו מחפשים ובודקים בגופו ובבגדיו של הנכנס ללשכה, שלא יוכל לטעון שהביא עמו כסף משלו, אם ימצא אצלו כיציאתו.

לפי דעה אחרת (משנה, שקלים, ג, ב):

"אין התורם נכנס לא בפרגוד חפות (=בבגד מרוקם בעל שרוולים, ואפשר לשים בהם כסף, שלא יחשדוהו שגנב שקלים מן הלשכה) ולא במנעל ולא בסנדל ולא בתפילין ולא בקמיע (=בכל אלה אפשר להחביא כסף), שמא ייעני ויאמרו מעוון הלשכה (=שמעל בכספה) העני, או שמא יעשיר ויאמרו מתרומת הלשכה העשיר. לפי שאדם צריך לצאת ידי הבריות, כדרך שצריך לצאת ידי המקום, שנאמר: ויהייתם נקיים מה' ומישראל, ואומר ימצא חן ושל טוב בעיני אלהים ואדם" (משלי, ג, ד).

לפי דעה אחרונה זו אין מבזין את הנכנס בחיפושים בבגדיו ובגופו, ודיו שהוא דואג, שלא יכנס ללשכה בבגדים ובחפצים העלולים להחשידו. וכך הוסברו חילוקי דעות אלה בתוספתא (תוספתא, שקלים, ב, א); הדעה שאין לחפש בבגדיו היא דעתו של ר' עקיבא, הסובר: "ועשית הישר והטוב בעיני ה' (היינו הפסוק שבדברים ו, יח - מ"א) - הטוב בעיני שמים והישר בעיני אדם"; כלומר, אמנם צריך אדם לעשות את הטוב בעיני ה' ולהיות נקי גם מישראל ולהשתדל שלא לבוא לידי חשד, אבל יש להיזהר שיהא ישר גם בעיני אדם, ולכן אין מבזין אותו בחיפוש, שעריכת חיפוש על גופו של אדם אינה ישרה בעיני בני אדם. לעומת זאת סובר ר' ישמעאל כדעה הראשונה, כי "אף הישר - בעיני שמים" (תוספתא, שקלים, ב, ב), היינו: שגם הטוב וגם הישר צריך שיהיו בעיני שמים, ומה שטוב וישר בעיני שמים - ממילא טוב וישר הוא בעיני אדם, ולכן יש לערוך חיפוש, כאמור, כדי לוודא, שלא מעל בכספי הלשכה. ההלכה נפסקה כרבי עקיבא, שאין לערוך חיפוש.⁵⁰

הרעיון שביסוד דברים גדולים אלה של ר' עקיבא, מגדולי התנאים בעולמה של הלכה, כי עשיית הטוב והישר בעיני ה', היא "הטוב בעיני שמים והישר בעיני אדם", מצא ביטוי מאלף במשנתו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק, גדול הוגי הדעות בעולמה של הלכה בימינו, באשר ליחס שבין "המוסר הטבעי" של כל אדם בן תרבות לבין הדרישה המוסרית הנדרשת בעולמה של יהדות. שניים אלה באים הם כמשלימים זה את זה, כדרישה מכופלת המבוססת זו על גבי זו:

49 תרומת מחצית השקל שבכל שנה ושנה; התורם היה "נכנס לפניו מן הלשכה והשומרים עומדים בחוץ". וראה רמב"ם, שקלים, א, א; ב, ה.

50 רמב"ם, שקלים, ב, י; וראה: המשפט העברי, שם, והערה 14.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

“אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על-פיה כמעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה, אבל אם תצויר יראת שמים בתכונה כזאת שבלא השפעתה על החיים היו החיים יותר נוטים לפעול טוב, ולהוציא אל הפועל דברים מועילים לפרט ולכלל, ועל-פי השפעתה מתמעט כוח הפועל ההוא, יראת שמים כזאת היא יראה פסולה” [אורות הקודש (בעריכת הרב ד' כהן), כרך שלישי, ראש דבר, סעיף יא, עמ' כז]...

דרישת המוסר שבעולמה של יהדות באה היא להוסיף ולהשלים על ההתנהגות המוסרית הגדרשת בחברה תרבותית מתוקנת, וכל המתעלם מזו האחרונה אין בו גם מן הראשונה.⁵¹

ואם תרצה לומר מקופלת בדברים גדולים אלה התכלית שלובת הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית שביסוד זכויות האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסיקתו האמורה של ר' עקיבא שלא לערוך חיפוש בכליו של אדם ועל גופו, על שום שיש בזה משום ביזוי כבוד האדם ואין זה ישר בעיני בני אדם, יסודה בעקרון-העל של כבוד האדם - של כל אדם באשר הוא - שאף הוא בא לכלל ביטוי מאלף על-ידי ר' עקיבא בדבריו הידועים, לאמור: “חביב אדם שנברא בצלם; תבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית, ט, ו): בצלם אלקים עשה את האדם” (משנה, אבות, ג, יד); ובכך מנומק בפסוק אחרון זה איסור שפיכת דמים לכני נוח, עוד בטרם מתן תורה. מאלפים מאד חילוקי הדעות שבין שניים מגדולי התנאים בדבר כתר העדיפות בסולם הערכים שביחסי אדם לאדם: “ואהבת לרעך כמוך” (ויקרא, יט, יח) - ר' עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה; בן עזאי אומר: “זה ספר תולדות אדם” (=ביום ברא אלקים אדם בדמות אלקים עשה אותו: בראשית, ה, ו) - זה כלל גדול מזה” (ספרא, קדושים, ד, י). אליבא דר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות; ואליבא דבן עזאי - הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים גם יחד - שוויון ואהבת הבריות - היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לדורותיה ולתקופותיה.”⁵²

עקרון כבוד האדם משמש בעולמו של המשפט העברי כנקודת מוצא לשורה ארוכה של סוגיות שונות בתחום המשפט הפלילי, ועליהם נעמוד בהמשכם של דברינו. נציין כאן סוגיה אחת מבין אלה, שנידונה במפורט בפסק-דין גואטה לרגל העובדות שאירעו בפרשה זו, ושבעניינה טבע המשפט העברי את הכלל הגדול - “גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה”. סוגיה זו עניינה בפגיעה בכבוד האדם שנגרמת על-ידי הפשטת בגדיו ברשות הרבים. נצטט דברים אחדים כפי שהובאו בפרשת גואטה:⁵³

51 וכן ראה: אורות הקודש, שם, סעיף טו, עמ' לב. וראה עוד: ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' י"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2), 255, בעמ' 299-300.
52 גואטה, לעיל הערה 42, בעמ' 715-717.
53 שם, בעמ' 717-719.

מנחם אלון

בתורה נאמר (דברים, כב, יא): "לא תלבש שעטנו צמר ופשתים יחדיו" (ראה רמב"ם, כלאים, י, א). בסוגיית הגמרא (ברכות, יט, ב; וכן ראה מנחות, לו, ב - לת, א) נידונה השאלה בדבר מי שמגלה שעטנו בבגדו כשהוא מהלך בשוק, האם עליו לפשוט את הבגד מיד כדי לא לעבור על איסור לבישת שעטנו, או רק לאחר שהוא מגיע לביתו. וזאת משום שההתפשטות בשוק פוגעת בכבודו של האדם ומבזה אותו...⁵⁴ בהקשר לפתורנה של שאלה זו מביאנו הסוגיה את העיקרון: "גדול כבוד הבריות שדווחה את לא תעשה שבתורה", שלפיו מן הראוי לדחות את הורדת הבגד מעליו עד לאחר שהוא מגיע לביתו. בתלמוד הבבלי (ברכות, יט, ב) נקבע שיש להבחין בין מקרה שהבגד הוא מסוג שעטנו שאסור ללבושו מדין תורה לבין המקרה של שעטנו שאינו אסור בלבישה אלא מדרבנן...⁵⁵ במקרה האחרון - אין עליו להפשיט את הבגד בשוק, כי כבוד הבריות עדיף מעבירה על איסור שאינו מדאורייתא; ואילו במקרה של שעטנו האסור מדין תורה, עדיף לא לעבור על האיסור, וזאת על-פי העיקרון האחר בעולמה של יהדות, כי: "אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'" (משלי, כא, ל)...⁵⁶

לפי הסוגיה שבתלמוד הירושלמי (כלאים, פרק ט, הלכה א, לקראת הסוף), עקרון כבוד הבריות דוחה הוא גם לא תעשה שבתורה ולא רק דין שהוא מדרבנן. וכך אנו גורסים בירושלמי: "הרי שהיה מהלך בשוק, ונמצא לבוש כלאים (=שעטנו). תרין (=שני) אמוראין (=חלוקים ודעותיהם): חד אמר - אסור, וחרונה (=ואחר) אמר - מותר. מאן דאמר אסור - דבר תורה. מאן דאמר מותר - כההוא דאמר רבי זעירא: גדול כבוד הרבים (בנוסח המובא אצל מפרשים שונים נאמר 'הבריות'; ראה להלן), שהוא דוחה את המצוה בלא תעשה, שעה אחת". יש המפרשים את דברי הירושלמי שהם עולים בקנה אחד עם דברי סוגיית הבבלי (ראה: אור זרוע, חלק א, סימן רצט; פני משה, ירושלמי, כלאים, פרק ט, הלכה א). אך פשוטם של דברי הירושלמי חולקים הם על דברי הבבלי, כפי שכתב אבי פירש רבינו אליהו מלונדריש (מלונדון), מגדולי חכמי ההלכה במאה השלוש-עשרה באנגליה:⁵⁷

54 ראה: פירושו של המאירי, בית הבחינה, ברכות, יט, ב, וכן ר' זכריה אגמאתי, ספר הנר, ברכות, שם, שמדובר בהתפשטות חלקית בשוק גזו אם לא נשאר ערום.

55 על שעטנו שאינו אסור מדרבנן - ראה רמב"ם, כלאים, פרק י, הלכה א ואילך.

56 על-פי שיטתנו, מה שנאמר כי כבוד הבריות דוחה "לא תעשה שבתורה" פירושו הלאו של "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך" (דברים, יז, יא), שהוא המקור לסמכות חכמים להורות לקבוע דינים שהם מדרבנן, וכדינים אלה "רבנן אחלוהו ליקרייהו (=חכמים מחלו על כבודם) לעבור על דבריהם, היכא דאיכא (=במקום שיש) כבוד הבריות". רש"י ברכות, יט, ב; וראה רמב"ם, כלאים, פרק י, הלכה כט. על סמכותם של חכמים להורות ולקבוע דינים שהם מדרבנן על-פי הפסוק האמור ראה עוד: המשפט העברי, לעיל הערה 9, עמ' 210 ואילך.

57 פירוש רבינו אליהו מלונדריש ופסקיו (מהדיר הרב מ.ל. זק"ש, ירושלים, תשט"ז), עמ' ב - לאחר החלק בדבר תולדות המחבר, המסוויים בעמ' 42. וכפירוש זה מוכח ממקורות נוספים בתלמוד הירושלמי; ראה: ירושלמי, ברכות, פ"ק ג, הלכה א; נזיר, פרק ז, הלכה א. וראה עוד: פסקי הרא"ש, נדה, פרק ט, הלכות כלאי בגדים, סימן ו; וראה הרב זק"ש, פירוש רבינו אליהו מלונדריש ופסקיו, הערה 42.

”מכאן נראה שאף לא תעשה דאורייתא דוחה שעה אחת, דהא מוקי לה (=מעמיד אותה) בכלאים דבר תורה”.

וכך סיכמנו בפרשת *גואטה*, את נושא החיפוש בגופו של אדם לפי המשפט העברי:⁵⁸

עמדנו בפירוט על עמדת המשפט העברי בסוגיה גדולה זו של עקרונות כבוד האדם - כבוד הבריות - וצנעת הפרט, בכל הנוגע לעריכת חיפוש בגופו של אדם, והצורך באיזון בין עקרונות אלה לבין ערכים אחרים, אף כאשר מדובר במציאת איזון בינם לבין העבירה שבעשיית איסור, לשעה אחת (ראה עוד להלן). כאמור, באיסור שהוא רק מדרבנן גובר, לדעת הכל, כבוד האדם על עשיית האיסור, ואין למנוע את עשיית האיסור לשעה אחת אם יש בכך משום פגיעה בכבוד האדם. ולדעת חלק מחכמי ההלכה, גם כשמדובר בעבירה על איסור מן התורה לשעה אחת, גובר עקרון כבוד הבריות על עשיית האיסור, ואין לגרום לביזוי האדם העובר את העבירה על-ידי הוראה לפשוט את בגדיו, אף בחלקם, בשוק, ברשות הרבים. מכאן אתה למד, עד היכן הגיעה תורת האיזון בין שני עקרונות יסוד - איסור ביצוע עבירה שבין אדם למקום מחד גיסא ושמירה על כבוד האדם מאידך גיסא - בעולמו של המשפט העברי.

בהמשכם של דברינו בפרשת *גואטה*,⁵⁹ עמדנו על משמעות נוספת של עקרון כבוד האדם, אם וכאשר מקורו ברעיון היסוד של בריאת האדם בצלם אלוקים. מכוחו של רעיון יסוד זה גופו, איסור הפגיעה בכבוד האדם וחירותו אינה רק זכותו של האדם לכבודו ולחירותו אלא גם תובתו; היינו מצווה הוא האדם, וחייב הוא, שלא לפגוע גם בכבוד האדם של עצמו ובחירות של עצמו, כי הוא מצווה לשמור על צלם האלוקים של עצמו. אשר על כן הסקנו בפרשת *גואטה*, שגם כאשר ניתנה הסכמתו של מי שהחיפוש נערך על גופו, שהחיפוש ייערך באופן שיהא בו משום ביזוי צלם האלוקים שכאדם -

עדיין אין פירושו של דבר כי הכל פרוץ ומותר. העובדה שמדובר בזכויות יסוד של פגיעה בכבודו של אדם וצנעת הפרט יש בה כדי לחייב, גם כאשר החיפוש נערך בהסכמה, לשמור על מידה סבירה של הגינות כדי שלא לרמוס את כבוד האדם שבגופו נערך החיפוש, ואת פרטיותו, כאשר הדבר אינו מתבקש ואינו הכרחי לצורך החיפוש... אנו מחויבים... שלא לבצע מעשה מבזה כגון זה לעיני עם ועדה. מעשה כגון זה יש בו משום ביזוי דמות אנוש וכבודו, שאין החברה סובלתו.

בעולמה של יהדות, משמדובר בזכות האדם לכבודו ולחירותו, מדובר גם, ואולי בראש ובראשונה, על תובת האדם לשמור על כבודו וחירותו, כי שניהם - התובת והזכות - ממקור אחד יהלכון, מבריאת האדם בצלם אלוקים, שחובה וזכות שלא לפגוע בו. תפיסת יסוד זו שבערכיה של מורשת ישראל, שלא תמיד עולה היא בקנה אחד עם תפיסת היסוד שבעולמה של דמוקרטיה - הלוא היא האוטונומיה של הפרט, זכותו למימוש עצמי (Self)

58 לעיל הערה 42, בעמ' 719.

59 שם, בעמ' 724-725.

מנחם אלון

(determination), צריך שתימצא לה ההשפעה הראויה על טיבן ועל מהותן של עקרונות היסוד של כבוד האדם וחירותו, במערך הסינתזה שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים.⁶⁰ בכל הנושאים האמורים מצוין פסיקה משפטית המקובלת על דעת הכול, ושקיבלה חיזוק נוסף מכוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמפורט בחלק מהפסיקה, שעליה עמדנו לעיל. בפסיקה האמורה, ובפסיקה נוספת, נידונו בהרחבה גם הסייגים והאיזון לזכויות יסוד אלה, ודומה שכל אלה עולים הם בקנה אחד עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות סעיף המטרה באשר לסינתזה של ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, סינתזה המודגמת כראוי וכמחויב, בכל אחד מהנושאים האמורים.

ד. נושאים בהם הפסיקה שנויה במחלוקת

כאמור, מצויים גם מצויים נושאים שבהם נחלקו הדעות בפסיקתן של בית המשפט העליון, ושמתה ראוי ונכון לחזור ולעיין בהם לאור הסינתזה המחויבת של ערכים יהודיים ודמוקרטיים. נציין דוגמאות אחדות.

1. מעצרו של חשוד

בסוגיית מעצרו של חשוד, שטרם נפסק דינו, בשל חומרת העבירה בלבד, דנתי בשורה ארוכה של פסקי-דין, והבעתי דעתי, שאין אנו רשאים לעצרו אלא כאשר קיים חשש של ממש שבהתהלכו חופשי עשוי הוא לפגוע בשלום הציבור או לשבשש הליכי משפט. לדעת חברי, השופט א' ברק, ניתן לעצור חשוד בעבירה חמורה גם ללא קיום חשש כאמור, וזאת מתוך הנימוק של הבטחת "אמון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי". נימוק זה להצדקת מעצרו של נאשם מאחורי נורג וברייח בטרם משפט, כשהוא בחזקת חף מפשע, לא היה ואיננו מקובל עליי. את דעתי זו ביססתי על עמדת המשפט העברי בסוגיה זו, שעלתה בקנה אחד עם הפרשנות הראויה של הוראות החוק שבמערכת המשפט בישראל כאשר למעצר נאשם בטרם משפט, והתיקונים שהוכנסו בהן מעת לעת; ועם התקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין פרשנות זו רק ראויה, אלא מחויבת היא לאור מטרת חוק-היסוד ועל-פיה לפסוק ולהכריע בדרך הסינתזה שבין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, היינו ערכים היונקים מערכיה של מורשת ישראל ומערכי הדמוקרטיה של מדינה השותרת חופש. נעמוד על מקצת דברים בסוגיה גדולה ועקרונית זו.

עוד בפרשת אבוקסיס,⁶¹ אמרנו:

סוגיה גדולה זו בדבר מציאת האיזון בין שני צרכים יסודיים אלה, היינו השמירה על חירות הפרט, ואף זה החשוד בעבירה, מתד גיסא, והצורך במעצרו של החשוד בנסיבות מסוימות, מאידך גיסא, מצאה ביטוי מאלף במשפט העברי, ומן הראוי שנעיין בכך בקצרה.

60 וראה במפורט מאמרי: חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, עמ' 271 ואילך.

61 בש"פ 71/78 מ"י נ' אבוקסיס, פ"ד לב (2) 240, בעמ' 248.

חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, והטביעה את חותמה העמוק, עוד בשחר ימיו, אף בתחומים שונים של המשפט האזרחי, כגון ביחסים שבין לווה ומלווה, ובין עובד ומעביד. ועד היכן הגיעו הדברים נלמד מכך, שאף אם ויתר פלוני מרצונו החופשי על חירותו האישית, והתנה והתחייב, דרך משל, שיהא במאסר אם לא ישלם את חובו, התחייבותו בטלה ומבוטלת ותנאו אינו תנאי, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה, והתורה אוסרת את שלילת חירותו של האדם.⁶²

בצדה של הלכת יסוד זו אנו מוצאים עוד בדברי התנאים (על-פי לימוד מהאמור בשמות כא, יח-יט, ובמדבר טו, לב ואילך), כי יש לעצור את החשוד בעבירה שדינה מוות, אף עם טרם הורשע בדין: 'מגיד שכל חייבי מיתות נחבשים' (ספרי, במדבר, פסקה קיד; מכילתא משפטים, פרשה ו). ועוד כמה וכמה הלכות נשנו לעניין זה, ואין כאן המקום להאריך.⁶³

מעצרו של נאשם בטרם משפט לא רק משום שלילת חירותו האישית יש בו, אלא גם משום ביזוי כבודו. אמרנו על כך בפרשת אבוקטיס:⁶⁴

עוד בתחילת המאה הרביעית נקבע על-ידי אמוראי ארץ-ישראל שאין הדיין רשאי לעצור את החשוד אלא כאשר ניתן גם להצביע על קיומן של הוכחות לביצוע העבירה. כאשר נאמר בסוגיה (ירושלמי סנהדרין, פרק ז, הלכה ח) שבחשד ש'פלוני הרג את הנפש' (= ששמעו קול בעלמא שפלוני הרג את הנפש - פני משה, שם), די כדי לעצור את החשוד עד לבירור משפטו, תמה על כך רבי יוסי:

"ותפשין בר נשא בשוקא ומבזין ליה (= וכי תופשין אדם בשוק ומבזים אותו)? אלא כיני, פלוני הרג את הנפש והרי עדין שהרג את הנפש, יהא תפוש עד שיבואו עדיין".

לפי פירושו של ר' משה מרגלית, מחכמי ליטא במאה השמונה-עשרה והפרשן הגדול של הירושלמי, נוסף על החשד שפלוני הרג את הנפש יש צורך להצביע על כך, לשם מעצרו של החשוד, שמצויים עדים שיכולים להעיד על כך (ראה פני משה, שם). לפי פירוש רבינו נסים מגירונדי, מחכמי ספרד במאה הארבע-עשרה, לא די בכך אלא העדים צריכים, אף לצורך המעצר בלבד, להופיע ולהעיד, אך בשלב זה של המעצר אין צורך שהעדים גם יעמדו בדרישה ובחקירה, כפי שכך דרוש בבירור המשפטי עצמו - "אבל אם לא באו העדים לפנינו, אינו בדין לחבשו ולבזותו בתנאם".⁶⁵

62 ראה: מ' אלון *חידות הפירוש בדרכי גביית חוב במשפט העברי* (תשכ"ד), עמ' 1 ואילך, עמ' 111 ואילך; המשפט העברי, לעיל הערה 9, בעמ' 113, הערה 145, ועמ' 483 ואילך. ולאחרונה בג"צ 5304/92 פ"ח נ' שר המשפטים, פ"ד מז (4) 715; מאמרי חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 264-265, ועמ' 275 ואילך.

63 ראה עוד: כתובות, לג, ב, סנהדרין, עח, ב, ובמפורט: מ' אלון "המאסר במשפט העברי", לעיל הערה 21, עמ' 174 ואילך.

64 לעיל הערה 61, בעמ' 248.

65 חידושי הר"ן, סנהדרין, נו, א, ד"ה: בכל יום דנים את העדים.

מנתם אלון

גיבוש דיני המעצר והשחרור בערכות כמשפט העברי מצוי בתשובתו של ר' יצחק ברי' ששת ברפת (הריב"ש), מחכמי ספר"י וצפון אפריקה במאה הארבע-עשרה, ולפיו אין לעצור נאשם אלא אם הוא חשוד בעבירות חמורות ביותר כגון, רצח או מוסר ומלשין, וקיימות ראיות לכאורה בדבר ביצוע העבירה על-ידו ומצויה סכנה לציבור אם "יטייל בשוק".⁶⁶ סוגיה זו, כפי שעולה היא בעולמו של המשפט העברי, סיכמנו בדברים שרובם הבאנו לעיל,⁶⁷ וכאן נחזור ונצטט תחילתם וסופם:

חכמינו הורונו: חביב אדם שנברא בצלם (אבות, ג, יד). ערך יסוד זה שבעולמה של יהדות, הוא התשתית, לב לבו של עקרון חירות האדם... של היחיד הבודד והאפור, שהרבים לעתים קרובות, אדישים כלפיו, והוא נשכח במאבקו... כל אדם, כקטן כגדול, כנעלם וכמפורסם; ועל מכלול זכויותיו מצוים אנו להגן ולשמור, ואף אם סולדים אנו ממעשים שעשה, ומכל שכן, אם מעשים אלה רק מיוחסים לו, וטרם נקבעו כדין שאכן עבר אותם, כפי שכך הוא בסוגיית שמירת חירות האדם ממעצרו בטרם משפט.

ועל ערכי דמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש בסוגייתנו הוספנו ואמרנו:⁶⁸

מאלף הדבר, וראוי לציון, כי במערכת המשפט האמריקנית עומדת זכותו זו של נאשם שלא ייעצר עד תום ההליכה (פרט למקרים של capital cases) ושלא יענש בטרם משפט - בראש מכלול החירויות השונות, ומעוגנת היא בהוראות הקונסטיטוציה ובפסיקה משפטית נרחבת... ומקרה כגון זה שלפנינו, ברור ומובן, שאין להעלות על הדעת במערכת משפטית זו, כי הנאשמים ייעצרו עד תום ההליכה.

...בשיטות המשפט שבארצות-הברית, באנגליה וכיוצא בהן, עיקרון הוא במדינות אלה, כי לכל אדם זכות לשחרור בערובה, פרט לעבירות שעונשן מוות, והשיקולים, המצדיקים מעצר הנאשם, הם כאשר מובאות ראיות, כי קיים חשש, שהנאשם ישפיע על העדים, יאיים עליהם, יימלט ממידת הדין או ישבש את הליכי המשפט; וחומרת העבירה ונסיבותיה יכול שישמשו כשיקול עזר בהחלטה, אם קיים חשש של שיבוש הליכי המשפט. ועיקרון נוסף בחוקתה של ארצות-הברית, כי אין לדרוש ערבות גבוהה ומוגזמת - excessive bail shall not be required - שהרי דרישה מוגזמת כזו בטבל, בדלית בררה, את זכות הנאשם, שהוא דל אמצעים, להיות משוחרר בערובה...⁶⁹

ומהו השינוי שחל בסוגיה זו עם היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו? אמרנו על כך בפרשת טוויסה:⁷⁰

66 שו"ת הריב"ש, סימן רלו. התשובה במילואה מובאת בפרשת אבוקסיס, שם, עמ' 249-250. וראה נוסחה המדויק של התשובה כפי שהיא מובאת בבית יוסף, טור חושן משפט, סימן שפח.

67 ראה טקסט ליד הערה 27.

68 ב"ש 15/86 מ"י נ' צור, פ"ד מ (1) 06', בעמ' 714.

69 וראה עוד ב"ש 691/82 סורה נ' מ"י, פ"ד לו (4) 10, בעמ' 13; ב"ש 22/83 קראוס נ' מ"י, פ"ד לו (1) 365, בעמ' 367-369; ב"ש 693/84 מ"י נ' לויחק, פ"ד מ (1) 544, בעמ' 551-552.

70 כש"פ 2169/92 טוויסה נ' מ"י, פ"ד נז (3) 338, בעמ' 346.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

דברים אלה ומגמה זו של ביסוס דיני המעצר במערכת משפטנו על ערכי מורשת ישראל, היינו ערכיה של מדינתנו כמדינה יהודית, ועל ערכי מדינה דמוקרטית השוחרת חופש, היינו ערכיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית - דברים ומגמה אלה, עד ליום היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, היו מחייבים מכוח חקיקה שיפוטית בפסיקתנו; ומעתה, עם היכנס חוק-היסוד האמור לתוקפו, היתה תכלית שלובת ערכים זו להוראה חוקתית-קונסטיטוציונית, הכתובה עלי ספר של חוק-יסוד, ושעל-פיה ולאורה יש לפרש את דיני המעצר במערכת משפטנו.⁷¹

על סוגיית המעצר במערכת המשפט בישראל, השתלשלותה ותולדותיה, עמדנו במפורט בפרשת סוניטה. רכה סיכמנו:⁷²

סיכומו של עיון. בסוגיית מעצרו של נאשם בטרם משפט דנו בפסיקתנו בשלושה שלבים אלה:

השלב הראשון הוא השלב בטרם הוחק חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), בו נקבעו עילות המעצר, ברובן, דרך חקיקה שיפוטית. בשלב זה קבענו על-פי העקרונות הדמוקרטיים של מערכת משפטנו ועקרונות משפטנו ההיסטורי הלאומי, הוא המשפט העברי, שאין לעצור אדם בשל חומרת העבירה בלבד - פרט למקרים של רצח וכיוצא באלה שקבועים היו בחוק - אלא אם קיימת סכנה, שבהיותו משוחרר ישמש סכנה לציבור או ליחיד, או אם קיים חשש לשיבוש הליכי משפט. ומשנתקבל חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, בא חיזוק נוסף לעמדתנו זו, שמעוגנת היא במורשת ישראל (ראה ב"ש 15/86 הנ"ל, עמ' 713).

השלב השני הוא השלב שבו נתקבל חוק סדר הדין הפלילי (תיקון 9), ובו הוראה מפורשת בחוק, שחומרת העבירה כשלעצמה אינה משמשת עילה למעצרו של נאשם בטרם משפט (סעיף 21א(ר) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]), אלא אם קיימת הוכחה ליסוד סביר לחשש סכנה לשלום הציבור או לשיבוש הליכי משפט (סעיף 21א(1)); או שמתוך עצם חומרתן של עבירות מסוימות - המפורטות בתיקון התשיעי (סעיף 21א(2)) - עולה סכנה כזו, ואזי על הנאשם להוכיח אי-קיומה של הסכנה או אפשרות של חלופה אחרת, כגון מעצר בית.⁷³ וגם אם ייתכנו שני פירושים לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9) בסוגיה זו, הרי כלל גדול בידינו, שחובה היא עלינו להעדיף אותה פרשנות משפטית שאינה פוגעת בזכות יסוד כגון זו של חירות האדם וחוקת חפות מפשע (בש"פ 5700/91, פרשת אבידן, פ"ד מו (1), בעמ' 694).

השלב השלישי בסוגייתנו הוא עם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכולל בתוכו - בסעיף 5 - את המעצר כפגיעה בחירות האישית, ושיש לפרשו על-פי התכלית

71 על משמעותם של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על דרך לימודם ופרשנותם של ערכים אלה, ועל דרך הסינתזה שבין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - דנתי במפורט במאמרי: חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 258-283.

72 לעיל הערה 70, בעמ' 342-346.

73 בש"פ 335/89 מ"י נ' לבן, פ"ד מג (2) 410.

מנחם אלון

המפורשת בסעיף 1, הוא סעיף המטרה של חוק-היסוד, והיא עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכי-על משולבים ושלובים אלה - יהודית ודמוקרטית - שוללים אפשרות מעצרו של אדם בטרם משפט מהטעם של "הבטחתו של ארון הציבור באפקטיביות מנגנון המשפט הפלילי"; גם אילו היה בכך כדי להבטיח ארון זה (ובפרשת אבידן הטלתי ספק רב בעצם עצמו של הנימוק), אין בו בנימוק זה כדי לאפשר לשלול את הזכות היסודית ביותר שיש לו לאדם באשר הוא אדם, והיא חירותו האישית. והצדקה לשלילת זכות יסוד זו על-פי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית היא, שבהתהלכו חופשי יסכן את שלום הציבור או היחיד או ישבש הליכי המשפט, ואלה נילבד; הא ותו לא. סלידתנו מחומרת העבירה או דאגתנו לאפקטיביות של יעילות המנגנון הפלילי אין בהן כדי להצדיק שלילת חירות האדם ומעצרו מאחורי סורג וברית; להשגתן של מטרות אלה וכיצא באלה הועיד המחוקק חלופות, כגון מעצר בית, ודרכים נוספות, כפי שעמדנו על כך במפורט במקומות אחרים.⁷⁴

הארכנו בעיון בשלביה השונים של הסוגיה האמורה של המעצר בטרם משפט, משום שסוגיה זו יכול שתשמש כדוגמה שבה הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך שיכריעו בחילוקי דעות האמורים שבין שופטי בית המשפט העליון, ומן הראוי "לעשות שלום", בדרך סבירה וראויה, בין הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין הפרשנות השגויה במחלוקת בסוגיה משפטית יד בטרם היכנס חוק-היסוד לתוקפו. מסקנה זו מתבקשת היא מכוח הסינתזה שבין שני המושגים - מדינה יהודית ודמוקרטית - שבה אנו מהריבים על-פי הוראות סעיפים 1א ו-8 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ושני טעמים למסקנה זו. האחד - שבכך נמצאת הסינתזה, בטוגיה זו, בין הערכים היהודיים שבמורשת ישראל ובין מערכות משפטיות דמוקרטיות שאין לעצור חשוד בעבירה שמשפטו טרם התברר אלא בתנאים ובנסיבות אותם פירטנו לעיל. והטעם האחר - גם אילו לא נמצאו מערכות משפטיות דמוקרטיות הסוכרות שאין לעצור חשוד בטרם התברר דינו אלא בנסיבות ובתנאים האמורים לעיל, מן הראוי ומן הנכון, בשאלה כה עקרונית לחירות האדם שסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נדרש אליה במפורש, שהגישה הערכית הדמוקרטית תתפרש על-פי משמעותה בגישה הערכית היהודית, שזוכרה ראשונה ובכגון דא קודמת לערכיה של מדינה דמוקרטית.⁷⁵

74 פרשת לבן, שם; בש"פ 3691/91 מ"י ו' וישניצקי, פ"ד מה (4) 567; בש"פ 5700/91 אבידן ו' מ"י, פ"ד מו (1) 677.

75 ראה מאמרנו: חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, עמ' 258 ואילך, ועמ' 265-266. עם הבאת הדברים בדפוס, ניתנו בינתיים פסקי-הדין של בית המשפט העליון בפרשת גנימאת (בש"פ 537/95, טרם פורסם; דנ"פ 2316/95, טרם פורסם). לא אכנס עתה לפרטי פסק-הדין ועוד תבוא השעה לכך. דומה עליו שהנשיא ברק סבור עתה כפסק-דין זה שלאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין לעצור חשוד מטעם הנימוק של הבטחת ארון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי. אך למסקנה זו בא משום שיש בכך משום ניגוד לערכים הדמוקרטיים של מדינת ישראל, ולא על-פי ההנחיה שניתוספה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, לא הביאו לכלל המסקנה שאין לעצור חשוד כל הכבוד, הנמקה זו תמוהה היא בעיניי: על שום מה הערכים הדמוקרטיים, שעל-פיהם פסקנו ונהגנו גם לפני היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, לא הביאו לכלל המסקנה שאין לעצור חשוד בשל חומרת העבירה בלבד, ורק עתה לא חזו היכנס החוק הנ"ל לתוקפו, משתמע איסור מעצרו זה כנוגד

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

ומעניין לעניין באותו עניין. הסוגיה האמורה של מעצר בטרם משפט יכול שתשמש סימן דרך לפרשנותו של דבר משפט מבחינת עולמו של המשפט העברי. כפי שראינו, מתחילת דרכנו סמכנו פרשנותנו בסוגיה זו, שלגביה לא היתה קיימת הוראה ברורה וחד משמעית בחוק הקיים, על עקרונות המשפט העברי ודרכו בסוגיית חירות האדם וכבודו. דרך זו אפשרית היתה, ולדעתי גם רצויה היתה, מבחינת תרבותה של המערכת המשפטית במדינת ישראל. מאז היכנס חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 לתוקפו, מצאנו חיזוק למסקנה אליה הגענו, בהפנייתו של חוק זה לעקרונות מורשת ישראל, שעליהם נמנה גם עקרון חירות האדם וכבודו. מובן שלא היה בכך אלא משום "סיוע" בלבד, שהרי חוק יסודות המשפט מחייב הפניה זו רק במקרה של לקונה.⁷⁶ ועם היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, היתה הרשות להיזקק למקורות מורשת ישראל לחובה. ובחובה זו ניתן לעמוד ללא קושי של יגיעה וחיפוש, שהרי ברורה של סוגיה זו במערכת המשפט העברי היתה מפורשת וסלולה. ועל כך עמדנו לעיל, וביתר פירוט בפסיקה ענפה שקדמה לפרשת סוויסה.

2. העד השותק

נושא אחר השנוי במחלוקת רבתי היא סוגיית העד השותק. וזה עניינה של סוגיה זו: אמרה בכתב שניתנה על-ידי עד במשטרה, האם קבילה היא כראיה נגד הנאשם, גם כאשר לא ניתנה לנאשם אפשרות לחקור את העד על ההודעה שמסר במשטרה, וזאת משום שכאשר הוזמן העד להעיד על תוכן ההודעה הוא אמנם הופיע בבית המשפט אך שתק ומילא פיו מים. בשאלה זו נחלקו שופטי בית המשפט העליון בפרשת *חג' יחיא*⁷⁷ ובפסקי-דין שקדמו לה, והיא נסובה על הפירוש הנכון להוראות סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, אשר זו לשונן:

(א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
- (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצד הודמנות לחקרו;
- (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תוכנה.

(ב) בית המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית המשפט שוכנע שמגסיבות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.

את הערכים הדמוקרטיים של מערכת המשפט בישראל. דומה כי ברור שהחובה להיזקק ולעגן את הערכים היהודיים שבמורשת ישראל היא היא שיש בה כדי להביא - לדעת אלה שקודם לא נזקקו לערכים אלה בפרשנות החוק - לקביעה, השוללת מעצר של חשוד בגלל חומרת העבירה בלבד, כפי שעמדנו על כך במפורט לעיל.

76 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 9, עמ' 1537 ואילך.

77 ע"פ 2251/90 *חג' יחיא נ' מ"י*, פ"ד מה (5) 221.

מנחם אלון

וזו השאלה שעלתה בפני בית המשפט (שם, בעמ' 256):

האם "העד השותק" כלול הוא בסעיף קטן (א) של סעיף 10א האמור, ואזי אמרתו בכתב שניתנה מחוץ לבית המשפט מתקבלת על-ידי בית המשפט - משנתמלאו התנאים שבסעיף קטן (א) - גבי אם שותק הוא בעומדו על דוכן העדים בבית המשפט, או שכלול הוא בסעיף קטן (ב) של הסעיף האמור, ואזי אמרתו בכתב שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט אינה קבילה, אלא אם "בית המשפט שוכנע שמנסיבות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות".

במקרה האמור, לא היה שנוי במוזלוקת שלא הוכחו קיומם של אמצעים פסולים שהניאו או מנעו את נותן האמרה במשטרה מלתת את העדות בבית המשפט, ולכן לדעת חלק משופטי בית המשפט העליון, וכך היא דעתי, אין האמרה יכולה להתקבל כראיה נגד הנאשם, מאחר שלא ניתנה לו הזדמנות לחקור את העד בחקירה נגדית. לפי דעה זו אין כל אפשרות, לפי פשוטם של דברים, לכלול את העד השותק במסגרתו של סעיף קטן א של סעיף 10א הנ"ל, ולכן האמרה אינה קבילה כראיה נגד הנאשם. אמרתי על כך, בין היתר, בפסק-הדין (שם, בעמ' 263-264):

מחסום זה שלא לעבור את גבול לשונו של החוק אינו עניין גבולי של מה בכך. עניינו מאושיות המשפט, ויסודו בשלטון החוק... שלטון החוק הוא שלטון המשפט ולא שלטון השופט. כל נשתיק את החוק בבואנו לפרש את החוק...⁷⁸ כך דרכה של פרשנות החוק בדרך-כלל, ועל אחת כמה וכמה שכך דרכה של פרשנות החוק כאשר הוצאת החוק מידי פשוטו יש ניה כדי לפגוע בזכות יסוד, וקל וחומר שכך הוא כאשר מדובר בזכות יסוד של נאשם לחקירה נגדית של עד שבא להפלילו וליטול הימנו את חירותו.⁷⁹ חירות האדם היא אם כל החירויות ויסוד כל הזכויות.

על זכות יסוד של הנאשם לחקירה נגדית של עד שבא להפלילו, בעולמה של יהדות, אמרנו:⁸⁰

בין זכויות היסוד החשובות ביותר של הנאשם אנו מונים את זכות החקירה הנגדית של עד שבא להפלילו.⁸¹ חשיבותה של החקירה הנגדית שמשמשת היא מכשיר יעיל לגילוי האמת, ועל-כן זכותו של הנאשם שמכשיר זה יעמוד לרשותו ולשירותו. על-פי האמור בדברים, יג, טו: "ודרשת וחקרת ושאלת היטב, והנה אמת נכון הדבר" (וכן ראה

78 ראה דברים מפורטים על דרך פרשנות חוק, פרשת *חגי יחיא*, שם, בעמ' 263-264, על-פי דברים שאמרנו בע"א 391/80 *לסדסון נ' שיכון עובדים*, פ"ד לח (2) 237, בעמ' 264; בע"א 2/77 *אזוזי נ' אזוזי*, פ"ד לג (3) 1, בעמ' 11-12; בג"ץ 148/89, 172 *תנועת לאוד נ' יושב ראש הכנסת*, פ"ד מד (3) 429, בעמ' 565-567; בג"צ 1635/90 *ד"ר בסקי נ' ראש הממשלה*, פ"ד מה (1) 749, בעמ' 829-834.

79 וראה מאמרה של נ' זלצמן: "גביה מוקדמת של עדות, אמרה בכתב והחקירה שכנגד בהליך פלילי" עיני משפט ח (תשמ"א-מ"ב) 584, בעמ' 608-610.

80 שם, בעמ' 264-267.

81 ראה, דרך משל: ע"פ 414/71 *טלטון ואזוזי נ' מ"י*, פ"ד כז (2) 346, בעמ' 351-352; ע"פ 631/76 *אביטן נ' מ"י*, פ"ד לא (3) 527, עמ' 528 ואילך.

תוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

דברים, יז ד; יט, יח). קבעו חכמים כללים ודינים בדבר חיוניותה של חקירת העדים וחשיבותה (סנהדרין, מ, א, ואילך, ועוד). שמעון בן שטח, שכיהן כאב בית-דין של הסנהדרין בתחילתה של המאה הראשונה, היה אומר: "הוי מרבה לחקור את העדים; והוי זהיר בדבריך שמא מתוכם ילמדו לשקר" (משנה, אבות, א, ט). וכך נפסקה ההלכה ברמב"ם, הלכות עדות, פרק א, הלכות ד, ו:

"מצות עשה לדרוש את העדים ולחקרם ולהרכות בשאלתם ומדקדקין עליהם. ומסייעין אותם מעניין לעניין בעת השאלה כדי שישתקו, או יחזרו בהם, אם יש בעדותם דופי, שנאמר: 'ודרשת וחקרת ושאלת היטב' (דברים, יג, טו). וצריכין הדיינים להיזהר בעת חקירת העדים שמא מתוכה ילמדו לשקר. ובשבע חקירות בודקין אותם..."

ועוד מרבין לבדוק העדים בדברים שאינם עיקר בעדות ואינה תלויה בהם - והם הנקראים: בדיקות, וכל המרכה בבדיקות הרי זה משוכת. כיצד הן הבדיקות? הרי שהעידו עליו שהרג ונחקרו כשבע חקירות שמנינו שהן בכנות הזמן וכנות המקום, ונדרשו בכנות המעשה (וכונו המעשה), וכונו הכלי שהרגו בו - בודקין אותם עוד ואומרים להם: מה היה לבוש הנהרג או ההורג, כגדים לבנים או שחורים? עפר הארץ שנהרג עליה לבן או אדום? אלו וכיוצא בהן הן הבדיקות..."

על חשיבותה של החקירה הנגדית לכירור האמת נאמר מפי הנשיא אגרנט:⁸²

"החקירה שכנגד רואים אותה כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום ומשמש בידי בעלי הדין לשם גילוי האמת במשפט..."

וכבר ראינו, כי המחוקק הקפיד, גם בסעיף 10א האמור, על שמירת קיומה של זכות היסוד של הנאשם לחקירה נגדית (סעיף קטן (א)(2)). כאמור לעיל, אחת משתי מטרות היסוד שבחקיקת סעיף 10א היתה התמודדות עם גורמי הפשע, המבקשים לשבח הליכי המשפט. לשם כך נתאפשרה קבלתה של אַמְרָה שנמסרה מחוץ למשפט, אף שבשעת מסירתה לא התקיימה חקירה נגדית של מוסר האמרה, ובלבד שבשעה שנותן האמרה מעיד בעניינה בפני בית המשפט, ניתן לחקרו חקירה שכנגד. יש כאן צמצום מסוים בהיקף זכותה של החקירה הנגדית, אבל בעיקרה היא קיימת ונדרשת. לא זו אף זו. כאמור לעיל, מטרה נוספת בחקיקתו של סעיף 10א הייתה העברת נקודת הכובד מבדיקת שלב הקבילות לבדיקת שלב המהימנות, היינו משקלן של האמרה ושל העדות. אף מעבר זה, בגבולות שהותוו לו, צעד נוסף ונכון הוא בכיוון המטרה של מציאת האמת וגילוייה על-ידי בדיקת המהימנות, מבלי לשלול את הראיה בשלב מוקדם מטעמים של חוסר קבילות. מגמה זו של גילוי האמת זהה היא עם המגמה של קיום החקירה הנגדית, שמטרתה, כאמור לעיל, גילוי האמת שבדברי העדים, וזכות יסוד היא לנאשם לצורך כירור דינו ומשפטו.

ואלה דבריו של השופט ויתקון שנאמרו בתחילת דרכה של הפסיקה בסוגיית סעיף 10א, ושהביאה בהמשכה לאפשרות קבילותה של אַמְרָה שניתנה מחוץ לבית המשפט:⁸³

82 בג"צ 124/58 יזה"מ נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת ואח', פ"ד יג (5), בעמ' 23.

מנחם אלון

סבור אני שאם נתיר לבית המשפט לבסס הרשעה על הודעתו של עד שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט, גם כשיאין העד מוכן לאשר את אמתותה, תהיה בכך סכנה חמורה. אם מותר להשתמש בהקשר זה במאמר הידוע (ואולי אף להרחיבו): אין לדיין אלא מה שענינו רואות (ומה שאוזניו שומעות). זוהי ערובה שאין לוותר עליה לקיום משפט הוגן ולהגנה על זכויות הנאשם, דבר שהמשפט מעלה על ראש דאגתו. הסתמכות על חומר ראיתי, שנגבה במקום אחר, אינה אלא העברת חלק מהאחריות השיפוטית לאותו מקום אחר. במקרה דנן נתקבל הרושם שהעדים שינו את גרסתם בשל השפעתו שהושפעה עליהם מצד הנאשם. אך מי לידינו יתקע שבמקרה זה או אחר היו ההורעות שנמסרו למשטרה הודעות אמת ולא פרי הדמיון, מעשה שטנה ונקמה? וכי במוחים אנו שתמיד נרשמים דברי העדים במשטרה או במקום אחר כלשונם וכרוחונם? הרהורים אלה נראים בעיני רבים כהתעלמות מן המציאות. יתכן; אך בדיני נפשות מוטב לזכות אשם מלהרשיע זכאי.

אמרנו על כך בפרשת *חאג' יחיא*:⁸⁴

דברים אלה, ברוחם, יפים הם גם עתה, בשינויים המחויבים לפי העניין. כיום הזה, אם "נתקבל הרושם שהעדים שינו את גרסתם בשל השפעה שהושפעה עליהם מצד הנאשם", האמרה שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט קבילה היא, לפי דבר המחוקק בסעיף 10א, סעיף קטן (ב). תנאי השעה והתגברות גורמי הפשע הביאו לכך, גם כאשר הוכח קיומו של אמצעי פסול אף שלא מצד הנאשם. אך גם כיום, כאשר לא הוכח קיומו של אמצעי פסול, מצוות המחוקק היא, שאמרה שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט אינה קבילה, אלא אם ניתנה לנאשם הזדמנות לחקור את נותן האמרה חקירה שכנגד, דבר שאינו מתקיים, ואף במקצת, במקרהו של נותן אמרה מחוץ לבית המשפט, שהוא עד שותק ומסרב להעיד בתוך כותלי בית המשפט. בכגון דא, אכן "אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות ואזניו שומעות ולבבו יבין" (כדבריו המאלפים של המאירי, בית הבחירה, כתובות, נא, ב, שאכן הרחיב את המאמר התלמודי הידוע, ואף מעבר למה שהשופט ויתקון ביקש להרחיבו).⁸⁵

וכך סיכמנו ואמרנו:⁸⁶

קבלת אמרה שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט, מבלי שאמרה זו עמדה לחקירה נגדית, יכול שתהא בה משום נגיעה קשה בזכות יסוד של הנאשם ובהוצאת דין אמת לאמתו. לפי מיטב ידיעתי, אמרה כזו שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט, כשנותן האמרה שותק בבית המשפט ומסרב להעיד ולא הוכח קיומו של אמצעי פסול, אינה

83 בג"צ 325/76 סיבוני נ' מ"י ועדענר שכנגד, פ"ד לא (2) 828, בעמ' 832.

84 שם, לעיל הערה 77, בעמ' 266-267.

85 וראה: ע"פ 190/82 מרקוס נ' מ"י ועדענר שכנגד, פ"ד לו (1) 225, בעמ' 303; ע"א 3236/90 פלונים נ' יזה"מ, פ"ד מה (3) 460, בעמ' 467-469; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749, בעמ' 764-765.

86 לעיל הערה 77, בעמ' 267.

קבילה במערכות המשפטיות שבארצות-הברית ובאנגליה.⁸⁷ צעד מרחיק לכת זה אין לנקוט אותו אלא אם כן השעה שעת חירום היא, ודרוש הוא כמפגיע למען שמירה על שלום הציבור ושלטון החוק. על כגון דא אמרו חכמים, שיש שניתן לענוש "שלא מן הדין, לא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה" (סנהדרין, מו, א); היינו, שיש צורך בכך מהטעם של שמירה על שלום הציבור וכדי לעשות סייג לשלטון החוק וקיום הסדר המשפטי.

כיצד נדע, אם אכן השעה שעת חירום היא? בידי הרשות המחוקקת, בטרם תקבל תיקון חוק מרחיק לכת זה, מצויים הדרכים והאמצעים לבדוק ולחקור, באיוז מידה פשתה תופעה זו של העד השותק, ואם שיעור הפריצה ותכיפותה של התופעה האמורה מצדיקים לשנות את החוק, אף שיש בכך משום פגיעה בזכות יסוד המוגנת על-ידי מערכת משפטנו ומשום סכנה "להרוג נקי אחד ביום מן הימים" (דברי הרמב"ם, לעיל).⁸⁸ בתי המשפט אינם ערוכים לבדיקה מעין זו, ולו בגלל כך בלבד שאין אמצעי הבדיקה עומדים לרשותם.

בית המשפט פסק, ברוב דעות של המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, והשופט ג' בך, כנגד דעתו החולקת של השופט ת' אור, שהאמרה של "העד השותק" אינה קבילה והחליט לקיים דיון נוסף. פסק-הדין הובא לדיון נוסף של אחד-עשר שופטים, ובו הוחלט ברוב של שישה נגד חמישה, שהאמרה קבילה היא, על אף שלא נתאפשרה תקירתו של העד על-ידי הנאשם.⁸⁹ בעת קיום הדיון הנוסף, נכנס בינתיים חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, והוספתי ואמרתי להנמקת דעתי, בין היתר (שם, בעמ' 694):

מסקנה זו עולה היא לא רק מלשונו המפורשת של החוק, אלא גם ממושגי יסוד המקובלים עלינו בכל הנוגע לקיומו של הליך פלילי הוגן. זכות החקירה הנגדית של העד על-ידי הנאשם זכות יסודית היא לו, הן לשם בירור האמת והן על שום זכות הטיעון שיש לכל אדם שגורלו לא יוכרע אלא לאחר שניתנה לו ההזדמנות לדעת על ההליכים המתנהלים בעניינו ונגדו ולהיות שותף להם...⁹⁰ זכות זו, כזכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין, נגזרת היא מזכותו לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו...) ואף אילו ניתן היה לפרש, בדוחק רב, שהעד השותק כלול הוא במסגרתו של סעיף קטן (א), מצוים אנו להעדיף את הפירוש שאין בו פגיעה בזכות יסודית, כדרכנו וכפרשנותנו מימים ימימה. ובמיוחד כך הוא בעניין שבפלילים, משבאים להפליל את האדם וליטול הימנו את חירותו האישית.⁹¹

87 ראה: מאמרו של א' שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית המשפט העליון" משפטים כא (תשנ"א-נ"ב) 325.
88 ראה לעיל טקסט הסמוך להערות 12-13.
89 דנ"פ 4390/91 מ"י נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3) 661.
90 ראה דברינו בעניין זכות הטיעון, לעיל טקסט הסמוך להערות 28-30, וכן דברינו בעניין זכות הייצוג, לעיל טקסט הסמוך להערות 31-33, המובאים בפסק-הדין שבדיון הנוסף.
91 וראה עוד במפורט, לעיל הערה 89, בעמ' 693-696.

מנתח אלון

לדעתי, מן הראוי, בשאלה עקרונית זו השנויה במחלוקת בין חמישה שופטים של בית המשפט העליון ובין שישה, כי כיום הזה, לאור הנוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך ייפסק-הדין. עקרון היסוד של קיום דיישה וחקירה לעד, בטרם יורשע הנאשם על-פי עדותו, חלק מהותי הוא מעקרון היסוד של חירות האישי, ומשהיתה חירות זו עקרון יסוד הכתוב עלי ספר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרש על-פיו, בפרשנות ראויה וסבירה, את הנוראות סעיף 10א האמור בפקודת הראיות. דברים שאמרנו לעניין מעצרו של חשוד בטרם משפט⁹² יפים ונכוחים הם גם לעניין סוגיית העד השותק. מציאת הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מביאה אותנו למסקנה של עמדת המשפט העברי, העולה בקנה אחד עם מספר ניכר של מערכות משפטיות דמוקרטיות, וגם לולא היו סוברים כך מערכות משפטיות דמוקרטיות אחרות, הרי משמדובר בעקרון יסוד של חזקת החפות והכשרות, שיסודה בעקרון החירות האישי וכבוד האדם שנברא בצלם אלוקים, אין היא ניתנת לסתירה אלא על-ידי עדות שאמתותה נחקרה וחבדקה, כפי שכך הוא בעולמה של מורשת ישראל. בכגון דא שומה עלינו לפרש את הגישה הערכית הדמוקרטית על-פי משמעותה בגישה הערכית היהודית, שנזכרת ראשונה וקידמת לערכיה של מדינה דמוקרטית.

ה. נושאים שטרם הוכרעו בפסיקה ראויה ומחייבת

מספר נושאים שטרם הוכרעו בפסיקה מחייבת וטרם באו על תיקונם, מן הראוי לתת עליהם את הדעת בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והסינתזה המחויבת של ערכים יהודיים ודמוקרטיים.

1. עינוי הדין

אתת הפגיעות החמורות ביותר בכבוד האדם, בחירותו, בקניינו ובעקרונות נוספים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אוז במישרין ואם בעקיפין, היא התופעה של עינוי הדין. פגיעה חמורה ביותר נגרמת לו לאדם ודינו מתענה מעל לזמן ראוי וסביר המתבקש ומתחייב לשם בירור מתון, צודק ומלא של דין. דברים הבא בפני בית המשפט. כך הוא בעניין אזרחי, שאין אדם בא על זכותו וקניינו אלא כעבור שנים מרובות, ויש שאף למעלה מעשר שנות ציפייה; ומכל שכן שכך הוא בעניין פלילי, שצל ההרשעה וגזר-הדין מרחף מעליו שנים על גבי שנים, ועינוי הוא ועינוי משפחתו וידידיו רואות וכלות. אכן, יש לכך במציאות המערכת המשפטית כיום הזה סיבות אובייקטיביות בשל העומס הרב של תיקים ודיונים, אך אין בכך כדי ליטול מחומרת הפגיעה שיש בעינוי הדין בזכויות יסוד של כל מי שנוקק למערכת השיפוטית. דרך-אגב אעיר, שאלבא זידי זוהי סיבה נוספת להתנגדותי לביטול (כמעט) של דרישת המעמד בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, להרחבת השיטות

92 ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 75. ראה עוד לעיל טקסט הסמוך להערות 11-20, בהלכות ותשובות שהובאו בפרשת נג, שגם כאשר צדק היה להקל מחומרת הדרישות בעניין ערים, הודאת הנאשם וכיוצא באלה "שביית-דין דנין שלא כדו" לרגל צורכי השעה. הקפידו הקפדה יתרה על "רדיפת הצדק והאמת", על הצורך "לאמת הדבר" ועוד

חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

ועילות ההתערבות.⁹³ השמירה על דיני המעמד, האיפוק בסוגיית השפיטות ומיתון ההתערבות יהא בהם גם כדי להקל על עומס בית המשפט ולאפשר לו להיזקק לבירור דברי ריב שבין אזרח לרעהו ובין אזרח לשלטון, שזה תפקידו העיקרי של בית המשפט. אכן התריע בית המשפט, לא אחת, על קיומה של תופעת עינוי הדין והשלכותיה לעניין הכרעת הדין וגזירתו.⁹⁴

תופעה זו של עינוי הדין חמורה היא במיוחד מבחינת עולמה של יהדות וערכיה של מורשת ישראל. עמדנו על כך במפורט בפרשת *נדטהיים*⁹⁵ ובפסיקה נוספת. נעיין בכך קממא. במשפט העברי מדובר על הלנת הדין והחמצת הדין כמושגים תירוביים וראויים. הלנת הדין – כאשר בית-הדין דן בדיני נפשות, ובא למסקנה שיש להרשיע, אל לו לעשות כן בו ביום שההל בשמיעת הדין, אלא חובה עליו להלין את הדין למחרת כדי לחזור ולהתיישב בדבר; ורק אז רשאי הוא להרשיעו.⁹⁶ בהחמצת הדין הכוונה היא לחובה שעל הדיין להחמיץ, היינו להשהות, את בירור הדין במידה הררושה כדי להוציא לאמתו; והלכות מרובות מצויות על כך בתלמוד ובספרות הבתר-תלמודית.⁹⁷

לעומת זאת המושג עינוי דין הוא בעל משמעות שלילית מובהקת, בראש ובראשונה בתחום המשפט הפלילי. משמעות אחת של עינוי הדין היא כאשר קיימת השהיה מעל לסביר בין מועד מתן גזר-הדין לביצועו,⁹⁸ אך עיקר משמעותו של המושג עינוי הדין היא, כאשר ההשהיה היא תוך כדי ההליך השיפוטי, לפני הכרעת הדין. בשני מקרים מצויה השהיה כזו. וכך אמרנו, בין היתר, בפרשת *נדטהיים*:⁹⁹

משמעות שנייה של עינוי הדין, היא הרבה יותר רחבה ומקיפה, הן מבחינת משך הזמן של ההליך השיפוטי הכלול בה, והן מבחינת תלותה במשפט אזרחי ככמשפט פלילי. וכה דברי הרמב"ם, בהלכות סנהדרין, פרק כ, הלכה ו:

“לא תעשו עול במשפט” (ויקרא, יט, טו) – זה המעוות את הדין, ומזכה את החייב ומחייב את הזכאי.

וכן המענה את הדין ומאריך בדברים ברורים כדי לצער אחד מבעלי דינים – הרי זה בכלל (לא תעשו) עוול” (והשווה עם פירוש המשניות לרמב"ם, על אבות, פרק ה, משנה ט).

עינוי דין זה אמור הוא בכל משך הבירור המשפטי, הן על הצורך לפסוק את הדין מיד אחר שיתברר לו (טור ושו"ע, חושן משפט, יו, יא), שיודעין להיכן הדין נוטה ומעכבין ואין פוסקין אותו (רבי עובדיה מברטנורא, המאה החמש-עשרה, איטליה,

93 ראה: חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 297-307.

94 ראה, דרך משל: ע"פ 125/74, 152 מירום ואח' נ' מ"י, פ"ד ל (1) 57; ע"פ 188/77 נדטהיים נ' מ"י, פ"ד לב (2) 225; וראה עוד פסיקה נוספת להלן.

95 ראה לעיל הערה 94.

96 משנה סנהדרין, ד, א; בבלי סנהדרין לה, א; וראה במפורט פרשת *נדטהיים*, שם, בעמ' 234-235.

97 אבות, א, א; סנהדרין, ז, ב; לה, א; רמב"ם סנהדרין, כ, ז; שו"ע, חו"מ, יו, ז; שו"ת הריב"ש, ס' תצ"א; וראה: ורטהיים, שם, בעמ' 235-236.

98 ראה: ורטהיים, שם, בעמ' 237.

99 שם, בעמ' 237-239.

מנחם אלון

בפירושו על אבות, פרק ה, משנה ט), והן בכל השהיה שהיא, שאינה לצורך בירור הדין: 'עינוי הדין - שמאחרין הדיינין לדונו, ולא לשם שמים, אלא לאתר שהוברר להן הדין, משהין אותו' (רש"י, שנת, לג, א, ד"ה עינוי הדין).

משמעות שלישית, מרחיקה לכת, של המושג עינוי הדין, ואף זו לעניין משפט אזרחי כלמשפט פלילי, היא הזיחור בעצם שמיעת הדין. ובעניין זה יש עינוי מועט שהוא באיחור כל שהוא, ויש עינוי מרובה שהוא באיחור משמעותי. הפלגה יתירה זו במשמעות העינוי הביאורה חכמים, כדרכם לעתים, בצורה של דברי אגדה:

"כבר היה רבי ישמעאל ורבי שמעון יוצאין ליהרג (=בגזרות מלכות רומי). אמר לו רבי שמעון לרבי ישמעאל: רבי, לבי יוצא שאיני יודע על מה אני נהרג! אמר לו רבי ישמעאל לרבי שמעון: מימך לא בא אדם אצלך לדין או לשאלה ועכבתו עד שתהא גומע כוסך או עד שתהא נוצל סנדלך או עד שתהא עוטף טליתך? ואמרה תורה (שמות, כב, כב): אם ענה תענה - אחד עינוי מרובה ואחד עינוי מועט. ובדבר הזה אמר לו: נחמתני רבי" (מכילתא משפטים, מסכתא דנויקין, פרשה יח; הפסוק נדרש לעניין כל אדם, ולא דווקא אלמנה ויתום; ראה מכילתא, שם).

העולה מן המקובץ: שתיים הן מגמות היסוד הפועלות במשפט העברי כאשר לאופן ניהול המשפט, בירורו והכרעותו. לפי המגמה האחת, והיא הראשונה במעלה, מצווה השופט להיות מתון בדינו, לצדקו בטרם יחתכנו ולא לקפוץ ולפסוק את הדין קודם שיחקרנו היטב. באחת - עליו להחמיץ את הדין במידה הדרושה לעיסה, שהוא נחתומה, כדי שזו תעלה ותיאפה יפה יפה. כך הוא בכל דין ודין, בין דיני ממונות ודיני נפשות. ויתרים עליהם דיני נמשות שבהם דרושה הלנת דין נוספת בטרם נגזר הדין באופן סופי, שהרי בהרשעה וילילית מדובר, ושמה ואולי עוד תימצא לנאשם טענה של זכות. ומבלי לפגוע בהשגרו של בירור צודק ומלא של הדין, מצווה השופט על-פי מגמת היסוד השניה, שלא לענות ולהשהות את הדין, הן לעניין פסיקת הדין והכרעתו כאשר ברור לו להיכן הדין נוטה, והן במהלך שמיעת הדין, ואפילו איחור בקביעת תחילת בירור הדין יש בו משום עינוי, לעתים משום עינוי מועט ולעתים משום עינוי מרובה...

על עינוי הדין "חרב באה לעולם" (אבות, פרק ה, משנה ט), וזוהי מידה נגד מידה, משום שמטרתו של הדין היא להציל עשוק מידי עושקו, ועינוי הדין והשהיה בפסיקתו גורמת "לעשוק לכעוס על מי שעושקו שלא כדין", לעשות דין לעצמו, ומגבירה את ה"חריב", היינו האלימות בחבזה (ראה פירושו של המאירי, על אבות, שם, וכן ראה שבת, לג, א).

ואכן, בשורה ארוכה של החלטות פסקי-דין קבענו, כי עינוי הדין מהווה שיקול נכבד כדי לשחרר נאשם, שטרם נתברר דינו, ממצערו.¹⁰⁰ כמו-כן במקרים מסוימים, שבהם עברו

100 ראה, למשל: ב"ש 862/85 מ"י נ' בן יאיר ואח', פ"ד לט (3) 441, בעמ' 447; ב"ש 693/84 מ"י נ' לויטן ואח', פ"ד מ (1) 544, בעמ' 552; בש"פ 299/89 משי זהב נ' מ"י, פ"ד מג (1) 720, בעמ' 726; בש"פ 3734/92 מ"י נ' עזאמי, פ"ד מו (5) 72, בעמ' 75.

כעשר שנים מיום ביצוע העבירה, החליט בית המשפט העליון, כי השהיה כה ארוכה של ניהול ההליכים המשפטיים "שמה ללעג ולקלס את המושג של שפיטה, של עשיית צדק ושל ענישה... כי עינוי דין כגון זה יש בו כדי להשפיע במידה ניכרת על העונש, המושת על הנאשם, עד כדי הימנעות מהטלת מאסר בפועל, אלא אם כן הנאשם הוא אשר גרם לכך".¹⁰¹ ובמקום אחר נאמר: "והאם לא מן הראוי הוא כי במקרה כזה נשים בראש שיקולינו את הסבל וייסורי הנפש, שעברו על המערער וגם על בני משפחתו, עד שזכו לסיומו של המשפט?"¹⁰² ואשר על כן, ביטל בית המשפט גם במקרה זה את עונש המאסר בפועל. אך בכל אלה יש משום נחמה פורתא, ואין בהם כדי תיקונה של מציאות קשה ועגומה של עינוי הדין, והשפעתה של מציאות זו על כלל המערכת המשפטית, והאמון שהציבור נותן בה.¹⁰³ בנפשה של המערכת המשפטית וחיוני הוא, כי הגורמים המוסמכים ינקטו צעדים הולמים ומכריעים להקטנה ניכרת ומשמעותית בעינוי דינם של המתדיינים, ובכך לקיים את עקרונות היסוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש הקניין. אכן, על-פי עקרונות המשפט העברי, כפי שראינו לעיל, "אחד עינוי מרובה ואחד עינוי מועט", שניהם פוגעים הם בהליך השיפוטי. אך הוספנו ואמרנו על כך:¹⁰⁴

כך הוא בימים כתיקונם שדין עינוי מועט כדין עינוי מרובה. בימינו אנו, שבתי המשפט כורעים תחת עומס בידורי הדינים שמוטל עליהם, לא נוכל להקפיד על עינוי מועט, ואף לא על עינוי מרובה, כל עוד זמנו של עינוי זה סביר הוא.

שיעור עינוי הדין בימינו לוקה הוא בחוסר סבירות קיצונית, ועומד הוא בניגוד מוחלט להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככתבן וכרוחן. עינוי תיקון שיעור העינוי בנפשנו ובנפש המערכת המשפטית היא, ויש בו משום פגיעה חמורה בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש הקניין.

2. שיקום העבריין (Rehabilitation)

זכות יסוד נוספת העולה מתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא זכותו של מי שנכשל וחסא, הורשע ונשא את עונשו - לחזור לחיי חברה תקינים, חיים שיש בהם משום כבוד האדם וחירותו. זכות שיקום זו, חובת יסוד היא, המוטלת על החברה כלפי אלה מבין חבריה, שמעדי, נשאו את עונשם ומבקשים לחזור למוטב ולהשתלב בתוכה. מידה מסוימת של רהביליטציה מצויה בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, בסעיף 16 שבו, שעניינו הוא אפשרות מחיקת ההרשעה, ועמדנו על כך בפסיקה.¹⁰⁵ לאחרונה, עם היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, שבנו ודנו בנושא זה, הקובע את תיקונו של היחיד ואת דמותה של החברה, בפרשת *מחפוד*:¹⁰⁶

- 101 ע"פ 795, 786/84 הלוי ואח' נ' מ"י, מ"י נ' הלוי ואח', פ"ד לט (2) 714, בעמ' 716-717.
102 ע"פ 2848/90 אטא נ' מ"י, פ"ד מד (4) 837, בעמ' 840.
103 ראה דברים שאמרחי בפסק-דין *אבידן*, לעיל הערה 74, ופסק-דין *סוויסה*, לעיל הערה 70.
104 פרשת *ענאומי*, לעיל הערה 100, בעמ' 78.
105 ראה: על"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד (1) 353.
106 בג"צ 1935/93 *מחפוד נ' השר לענייני דתות ואח'*, פ"ד מח (1) 752, בעמ' 767.

מנחם אלון

נושא חשוב, עקרונות וקונסטיטוציוני זה קיבל לאחרונה משמעות מיוחדת, משבא לעולמנו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע בסעיפים 2 ו-4 שבו, בין היתר, את זכות היסוד של האדם לשמירה ולהגנה על כבוד האדם, ובסעיף 7 את זכות היסוד של כל אדם לפרטיותו ולצנעת חייו. דומה, כי עקרון כבוד האדם מחייב כי מי שמעז וחטא, ועל-ידי כך יגם בכבודו, תינתן לו האפשרות לשוב בתשובה שלמה ולפתוח דף חדש, נקי ומכובד בחייו ולחזור ולזכות בפרטיותו ובצנעת חייו. מובן ואין צריך לומר שאף נושא זה של מתן אפשרות לשוב בתשובה שלמה, של רהביליטציה - ככל ערך על-הכל זכות יסוד - יש לקיימו ולבצעו על-פי עקרון האיזון שבסעיף 8 לחוק-היסוד האמור, היינו כל עוד הוא "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". וערכיה של מדינת ישראל הלא המה ערכיה "של מדינה יהודית ודמוקרטית", כאמור בסעיף הראשון של חוק-היסוד האמור, שמטרתו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל ומדינה יהודית ודמוקרטית"¹⁰⁷

וכה סיכמנו באשר לערכיה של מדינה יהודית בנושא השיקום:¹⁰⁸

על עיקרון גדול זה שבשיקומן של העברייני - שעמד לדין ובה על עונשו וחזר למוטב - על-ידי חזרתו להשתלב בחברה כשווה בין שווים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בעולמה של יהדות, דנתי במפורט בפניית כרמי¹⁰⁹ והמעייני יעיין שם. ארשה לעצמי לחזור על קטע אחד מדברים שנאמרו שם:¹¹⁰

"כמשפט העברי משמש עיקרון זה יסוד מוסד בעולמה של תורת הענישה, ומעוגן הוא בעולמה של יהדות, בהגותה ובהלכותיה, מקדמת דנא. דבריו המאלפים של רב האי גאון, שציטטנו מהם זה עתה...¹¹¹ נתמצו כמשפט קצר, שאין מדויק וקולע הימנו להבעת רעיון הרהביליטציה: 'משלקה - הרי הוא כאחיק' (משנה, מכות, ג, טו). מטבע לשון זו הסיקו חכמי ההלכה מהאמור בדברים כה, ג: 'ונקלה אחיק לעיניך'. וכך אנו גורסים בספרי (פינקלשטיין), דברים פרשת כי תצא, פסקה רפו, עמ' 304: 'רבי חנניה בן גמליאל אומר: כל היום זכתוב קורא אותו 'רשע', שנאמר: והיה אם בן הכות הרשע (דברים, שם, פסוק ב), אבל משלקה - הכתוב קורא אותו 'אחיק', שנאמר 'ונקלה אחיק'". [---]

107 ראה על כך במפורט במאמרי חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 258, והערה 15, ועמ' 261-283.

108 פרשת מחפוד, לעיל הערה 106, בעמ' 768-769.

109 ראה לעיל הערה 105, בעמ' 373-381.

110 בעמ' 375-376.

111 רב האי גאון - ראש ישיבת פומפדיא: שבבכל, לפני כאלף שנים. הדברים מובאים בספר כל בו (קובץ הלכות ותשובות שנתחבר במאה ה-13-14), בעמ' ק, ומן הראוי לחזור ולצטטם כאן: "שורת הדין שאין לך דבר שעומד בפני התשובה, אלא כל השבים שהקדוש ברוך הוא יודע כי נתחרטו על מה שעברו מן הכיעור וכי שמו אל לבם שלא ישובו עוד לכמהו, הוא מוחל להם; ובני אדם, אף-על-פי שאינן יודעין הנסחרות ואי להם אלא הנגלות, כשעבר זמן הרבה ואין נראה עליו לא בגלוי ולא בסתר דבר שלא כהוגן, והלב מאמין בו כי חזר, מקבלין אותו".

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

גודל כוחה של תשובה, שמשקמת היא את העברייין, מוחקת את העבר ופותחת דף חדש בחייו - נאמר בתורה, שנוי בנביאים, משולש בכתובים ונלמד בדברי הגותם והלכתם של חכמים. 'הנשר הגדול', רבינו משה בן מימון, הקדיש לנושא התשובה חלק מיוחד בספרו משנה תורה.

"כמה מעולה מעלת התשובה" (רמב"ם, הלכות תשובה ז, ז); לא זו בלבד שהעברייין מוחק על ידה את כתם עברו וחטאו, אלא כשריצה את עונו, שב מעבירותיו ותיקן את דרכיו, מקום מיוחד רכש לו, במאמצי כוחותיו הנפשיים, בחברתו ובעולמו:

"ואל ידמה אדם בעל תשובה, שהוא מרוחק ממעלת הצדיקים מפני העונות והחטאות שעשה - אין הדבר כן, אלא אהוב ונחמד הוא לפני הבורא כאילו לא חטא מעולם; ולא עוד אלא ששכרו הרבה - שהרי טעם טעם החטא ופרש ממנו וכבש יצרו. אמרו חכמים: 'מקום שבעלי תשובה עומדים אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד בו' כלומר: מעלתם גדולה ממעלת אלו שלא חטאו מעולם - מפני שהם כובשים יצרם יותר מהם" (רמב"ם, שם, ז, ד, על-פי ברכות, לד, ב).

שהרי זהו כוחה של תשובה:

"אמש היה זה שנוא לפני המקום (הקדוש ברוך הוא), משוקץ ומרוחק ותועבה, והיום - הוא אהוב ונחמד, קרוב וידיד" (רמב"ם, שם, הלכה ו).

יתד עם זאת ועל אף זאת, במקרים מסוימים ולעניינים מסוימים, אין בכוחה של התשובה להחזיר את כל מצב הדברים לקדמותו. וכך אמרנו בהמשכם של דברים, שם:

"זהו הכלל, אך יש שיוצאים מהכלל. משמדובר בעבירה שחומרתה מופלגת ביותר, או לעניין תפקיד שדרישת האמון לגבי מי שמשמש בו היא גבוהה ורגישה ביותר, אין עובר העבירה, גם אם נשא את עונשו וחזר בתשובה, יכול לכהן בשררה האמורה".

ובהמשכם של דברים, שם, עמדנו על דוגמאות שונות ליוצאים מן הכלל...¹¹²

ובאשר לנושא השיקום בערכיה של דמוקרטיה שוחרת חופש אמרנו, בין היתר:¹¹³

נושא הרהביליטציה נידון בהרחבה על-ידי חוקרי המשפט והוגיו.¹¹⁴ נציין לדברים אחדים מתוך דבריו של פרופ' פלר:¹¹⁵

סבורנו כי קשה יהא לחלוק על כך כי הרהביליטציה, כאקט של ריסונציאליזציה סופית של העברייין, לאחר שפיטתו, חיובו בדיון, ריצוי העונש והוכחה עצמית במשך זמן

112 וכן ראה בפסק-דין מחפוד, לעיל הערה 106, בעמ' 766-767, על היוצאים מן הכלל והנימוקים לכך. על השיקום בעולמה של הלכה ראה עוד להלן, בטקסט הסמוך להערות 160-162, בעניין הגלות לערי המקלט.

113 פרשת מחפוד, לעיל הערה 106, בעמ' 769-771.

114 ראה במיוחד פרופ' ש"ז פלר בשורה ארוכה של מאמרים: "הרהביליטציה, מוסד משפטי מיוחד מחויב המציאות" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 497 (להלן: פלר, רהביליטציה); ש"ז פלר ומ' קרמניצר "הצעת חוק העונשין חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד (תשמ"ד) 133, 192 ועוד; ש"ז פלר "יטודות בדיני עונשין, כרך ב (תשמ"ז), עמ' 654 ואילך (להלן: פלר, דיני עונשין).

115 ראה: פלר, רהביליטציה, שם, בעמ' 509-510.

מנחם אלון

מסוים, מהווה עניין של זכות האדם, אשר במימושה על-ידי כל אדם בעל עבר פלילי, מעוניינים, באותה מידה, החברה ואותו אדם גם יחד. יש וחוב פלילי חמור יותר כתוצאות הלוואי שלו מאשר בעצם העונש שהוטל. הכוונה לפסולים והמומים השונים המתלווים אל החינוך או הנוכעים ממנו... האם מטרה זו מתיישבת עם עצם משימות הענישה? האם רצוי למנוע מאדם לנצח מלהיות פקיד ציבורי, או עורך-דין או מלחזור למקצועו, כתוצאה מחיוב בדין על שעבר פעם עבירה פלילית? כלום תהא זו מטרה רצויה לחייב אדם לכל חייו להצהיר על כך בכל הזדמנות שהיא, כאשר עליו לספק נתונים אישיים?...

גם החברה, ככל גוף שהיא, מעוניינת, כאמור, לצמצם את מספר בעלי המום המרכיבים אותה וליתן להם את האפשרות להשתתף באופן חיובי בחיי החברה לפי מלוא כושרם, יכולתם ומומוזיותם, כאשר הוכיחו כי עמדו במבחן השיקום. הנצחת הנכות החברתית והמשפטית כאשר אין כבר צורך בכך, עשויה גם לפעול לרע בכיוון יצירת תסכולים שונים אצל אלה הסובלים מכך ולדחוף אותם שוב לסטות מן הערכים החברתיים אשר הציבור מעוניין בהם.

לגבי דידינו, אין אנו רואים כיצד ניתן להתעלם מן הצורך ליתן לכל בעלי עבר פלילי את האפשרות להחזיר את מעמדם לקדמותו...

עם כל זאת, אין זה עניין הניתן לפתרון אוטומטי תמיד, למרות שמבחינה משפטית הוא עניין שבזכותו של האדם. אין זה גם עניין שניתן לפעול לקראת פתרונו בצורה קולקטיבית. בדרך-כלל, הוא מבקש טיפול אינדיווידואלי, אולם טיפול הזוכה בכל הערבויות - מבחינה פרוצדוראלית ומהותית - שבהם זוכה כל טיפול במימוש זכויות האדם.

עולה מן האמור כי במידה וזורהביליטציה איננה פועלת באופן אוטומטי, היא צריכה להיות עניין שפייט. צריך להכיר בזכות האדם לתבוע בפני בית המשפט את הרהביליטציה, בזכותו להוכיחה ולהשיגה, אם תביעתו בדין יסודה.

אין זה, אפוא, עניין של חסד ורחמים שניתן להחליט עליו בדרך דיסקרציונרית ואין להכניס את הליכי הרהביליטציה תחת כנפי החנינה האינדיווידואלית, שכן אין בינה לבין חנינה זו ולא כלום.

בהמשכם של דבריו מציין פרופ' פלר להתפתחות מוסד הרהביליטציה בתחיקות מודרניות בנות זמננו.¹¹⁶
בסיום מאמרו הנזכר לעיל מפנה פרופ' פלר לעמדת המשפט העברי בנושא הרהביליטציה:¹¹⁷

כדאי לציין בהזדמנות זאת את פסק-הדין של השופט קיסטר, ואת מאמרו שהופיע זה עתה, בהם הוא מביא את גישת המשפט העברי בדבר שיקום אנשים שנכשלו בעבירה

116 שם, בעמ' 511, והערה 45; וכן ראה: פלר, דיני עונשין, לעיל הערה 114, בעמ' 660, והערה 671.
117 פלר, רהביליטציה, לעיל הערה 114, ונעמ' 511-512.

והחזרת מעמדם לקדמותו אחרי עבור תקופה שנקבעה, אם לא נעברו עבירות באותה תקופה. לפי גישה זו - אומר השופט קיסטר - 'אדם שעבר עבירה, ריצה את העונש שהוטל עליו, שילם את דמי הנזקים וחזר בתשובה שלמה, שפירושה, חרטה על מעשיו, והתנהגות המראה על שיפור מעשיו גם לעתיד להנחת דעתו של בית-הדין, אדם כזה יש לקרבו ואין להזכיר לו את מעשיו הקודמים...'. לאחר סקירה בתמצית של המקורות, תוך סיכום, מנסח השופט קיסטר את הכלל החל במשפט העברי, כדלקמן: 'אין לנעול את הדלת בפני השבים כאמת ובתמים, אדרבה, באין נימוק כבד משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלח-ידם ואף לתפקידם'. ניתן ללמוד מן האמור כי גם לפי גישת המשפט העברי, עניין החזרת מעמדו של הנידון לקדמותו לא היה עניין דיסקרציוני שבחסד. גישה זו מתקרבת הרבה יותר לגישה המודרנית למוסד המשפטי הקרוי רהביליטציה, מאשר הגישה שהתגבשה במשפט מדינת ישראל המודרנית."

וכך סיכמנו את דיונונו בנושא עקרוני זה בפרשת *מחפוד*:¹¹⁸

הצעות החוק השונות שקדמו לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים¹¹⁹ לא התיימרו להתמודד עם בעיית הרהביליטציה אלא במעט מזעיר, כפי שבא לביטוי בתוכנן של הצעות חוק אלה ובדבריים שנאמרו בעניינן בעת הדיון בהן בכנסת.¹²⁰ חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים הכניס שינוי מסוים לטובה בכיוון הרהביליטציה, ושואב הוא רבות, ברוחו ובמגמתו, מעמדת המשפט העברי בנושא התשובה והרהביליטציה של מי שהורשע בדין...¹²¹ אך מלאכתו של המחוקק בנושא זה טרם באה לכלל גמר, ורחוקה היא משלמות. עמד על כך במפורט פרופ' פלר...¹²² לא כאן המקום ולא זו המסגרת להביע דעתי באשר לדרכי הפתרון והאיוון הראויים, כפי שעלו בדבריו החשובים של פרופ' פלר, בספרו הנ"ל. כל מה שבאתי לומר הוא שעיקרון גדול זה של תשובה ורהביליטציה של מי שהורשע בדין מצפה הוא היום, יותר מאשר לפני כן, לעיון מעמיק ולתשובה הולמת של הגורמים המוסמכים, ובראשם המחוקק, לרגל ההוראות האמורות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכוח ערך היסוד של כבוד האדם נקבעה בפסיקתו של בית משפט זה שורה ארוכה של הלכות בדבר זכויותיו של מי שחשוד בכיצוע עבירה פלילית אך טרם הורשע, וזאת לעניין מעצרו, תנאי החיפוש שעל גופו וכיוצא בהם, וכן זכויותיו של מי שהורשע ונידון למאסר - באשר לתנאי

118 פרשת *מחפוד*, לעיל הערה 106, בעמ' 771-772.

119 הצעת חוק רישום עבריינות, תשל"ל-1970, ה"ח 208; הצעת חוק המרשם בפלילים, התשל"ה-1975, ה"ח 305; הצעת חוק תקנת השבים, התשל"ט-1979, ה"ח 201.

120 ראה דברי המבוא להצעות החוק, ודבריהם של שרי המשפטים וחברי הכנסת בעת הדיון בהן, כגון: ד"כ 50 (תשל"א-ל"ב) 31, 37; ד"כ 75 (תשל"ו) 300, ומאמרו של ש"ז פלר "הצעת חוק רישום עבריינות, תשל"ל-1970" *משפטים* ג (תשל"א) 110.

121 וראה עוד: המשפט העברי, לעיל הערה 9, בעמ' 1434-1435.

122 פלר, דיני עונשין, לעיל הערה 114, בעמ' 661-667.

מנחם אלון

המאסר ואופן ביצועם.¹²³ והלא הדברים הם בבחינת קל וחומר: אם כך מצווים אנו מכוח עקרון כבוד האדם לעניין מי שתשוד בפלילים ולעניין מי שהורשע ונושא את עונשו, על אחת כמה וכמה שכך מצווים אנו לקיים עקרון על זה וזכות יסוד זו של כבוד האדם לעניין מי שכבר נשא את עונשו ומבקש לחזור לחיי אזרח מתוקנים והגונים, כמפורט בדברינו לעיל.

חביב אדם שנכרא בצלם אלוקים - זה כלל גדול בתורה ובעולמה של התשובה והרהיביליטציה; ואידך - פירושא הוא, זיל גמור.

משימה גדולה ועקרונית זו עומדת בפני חברתנו מאז ומתמיד, ובמיוחד עתה, לאור האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואף לעניין נושא זה מחויבים אנו בכך, על-פי מטרתם של חוקי-היסוד ולאורם, לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בדרך הסינתזה שעמדנו עליה לעיל. במערכות המשפט השונות שבימינו נושא עקרוני ומהותי זה טרם בא לכלל תיקון. אמרנו על כך בפרשת כרמי:¹²⁴

עיקרון גדול זה שבשיקומו של העבריין - שעמד לדין ובא על עונשו וחזר למוטב - על-ידי חזרתו להשתלב בחברה כשווה בין שווים, טרם בא לכלל מימוש ברוכן של מערכות המשפט בימינו, ואף בין המתקנות שבהן. וכבר דנו בכך חכמי משפט וחוקרים.¹²⁵

ובכגון דא מצווים אנו, על-פי הסינתזה שבין ערכים יהודיים - שנזכרים ראשונה - ודמוקרטיים, לממש את הערכים הדמוקרטיים לאור הערכים היהודיים שבהם עקרון שיקומו של העבריין שנשא עונשו וחזר למוטב משמש כעקרון יסוד בעולמו של המשפט העברי ובהגותה של מורשת ישראל. מצווים ומחויבים אנו להביא עקרון יסוד זה לכלל ביצוע בחקיקה ראויה של הכנסת ובפסיקה הולמת של בתי המשפט.

3. תנאי המעצר והמאסר

דוגמה נוספת לתופעה הטעונה תיקון דחוף, זה זמן ניכר ובמיוחד מאז צאת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור עולם, הם תנאי המעצר והמאסר שבהם נתונים עצורים ואסירים, מבוגרים כצעירים, גברים כנשים, ושיש בהם פגיעה קשה וחמורה בכבוד האדם וחירותו, במובנה האלמנטרי ביותר. בית המשפט העליון, בשורה ארוכה של פסקי-דין, וגורמים

123 ראה: בש"פ 2169/92 סזויטה נ' מ"י, לעיל הערה 70; בש"פ 3734/92 מ"י נ' עזאומי, פ"ד מו (5) 73, לעיל הערה 100; בש"פ 2145/92 מ"י נ' גואטה, פ"ד מו (5) 704, לעיל הערה 42; ודברינו לעיל בטקסט הסמוך להערות 41-60; 61-76; 93-104.

124 על"ע 18/84, ראה הערה 105, בעמ' 375.

125 ראה: פלר, רהיביליטציה, לעיל הערה 114; Living It Down, The Problem of old Convictions - The Report of a Committee set up by Justice, The Howard League for Penal Reform, The National Association for the Care and Resettlement of Offenders (1970) 36-38, 44-46; "Annulment of a Conviction of Crime, A Model Act, National Council on Crime and Delinquency" 8 *Crime and Delinquency* (1962) 97.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

נוספים, התריעו ומתריעים על קיומה של מציאות מעוותת זו, אך מצב דברים משפיל, מרכא ומבזה זה הפך לחלק מן ההווי בבתי המעצר והמאסר שבמדינה, וטרם בא על תיקונו. בשורה ארוכה של פסקי-דין עמדנו והתרענו על תופעה קשה זו של השפלת האדם וכיזויו בעת היותו נתון במעצר או במאסר. לאחרונה עמדנו על כך בפרשת *ענאזמי*,¹²⁶ בהתייחסותנו להוראה שבסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת שאין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם, לאמור:¹²⁷

מר קאכוב, בטיעונו בבית המשפט המחוזי ולפניי, עמד, בין היתר, על התנאים הקשים השוררים בבתי המעצר, בהם נמצאים העצורים בתנאים תת-אנושיים ובצפיפות קשה ביותר. חלק ניכר של העצורים לא עומדת לרשותם מיטה לישון בה, ונאלצים הם לישון על הרצפה; וצפיפות זו מביאה עמה אלימות רבה בין העצורים לבין עצמם, על כל הנובע מכך... מצב דברים זה שבבתי מעצר מסוימים אינו שנוי במחלוקת, ואף שלטונות בתי-הסוהר אינם מתכחשים לו.

מציאות קשה ומדאיגה זו של תנאי מאסר משפילים ראינו בה נימוק לעניין שיקול שעל בתי המשפט לשקול אף בבירור דרכי ענישה לגבי מי שהורשע בדין. וכך אמרנו במקום אחר:¹²⁸

"אסיף ואעיר, שלדגל המצב הבלתי נסבל, השורר בחלק מבתי-הסוהר מבחינת קיום תנאים אנושיים מינימליים של תרבות מגורים ואכילה, כפי שהדבר מצא שוב את ביטויו בדין וחשבון של ועדה מיוחדת בראשות השופט נ' קנת, לשעבר נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ושנתפרסם בימים אלה, מן הראוי להרבות בהטלת קנסות כספיים כבדים ורציניים במקום ישיבה במאסר, כל עוד אין בכך משום ניגוד חריף לנסיבות העבירה והעברייני ולצורך להגן על שלום הציבור וביטחונו... המאסר בתנאים השוררים, למגינת לבנו, בחלק מבתי הכלא, מביא לעתים קרובות - בנוסף להצטרפות הנאשם לחברה עבריינית שכמעט ואינה ניתנת לתיקון - לידי השפלת צלם האלוקים של העברייני, ולכך, חוששני, הרשות אינה נתונה בידינו."

ואם כך אמרנו ופסקנו לעניין מי שהורשע בדין, ושוב אינו בחזקת חפות, שיש להעריך - כל עוד הדבר ניתן מבחינת העבירה, העברייני והציבור - הטלת עונש כספי במקום מאסר בתנאי השפלה ופגיעה בכבוד האדם, על אחת כמה וכמה משמדובר לעניין מי שחשוד בלבד וטרם נתברר דינו, והוא בחזקת כשרות וחף מפשע, שיש לנקוט חלופה למעצר מאחורי סורג וברית, כשיש בהם בתנאי המעצר משום השפלה ופגיעה בכבוד האדם, פרט למקרים שאין מנוס מלנקוט את אמצעי המעצר כדי למנוע סכנה מוחשית לשלומם ולביטחונם של הציבור או חשש חמור לשיבוש הליכי משפט. וקל וחומר שגישה זו מחויבת היא עתה, משהפגיעה בכבודו של אדם פגיעה היא בוכות יסוד הקבועה בחוק-יסוד, שמטרתו לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."

126 ראה לעיל הערה 100.

127 שם, בעמ' 79.

128 ע"פ 359,344/81 מ"י נ' סגל, פ"ד לה (4) 313, בעמ' 327.

מנחם אלון

נעיין במקצת דברים באשר לנושא דיוגנו במורשת ישראל, כפי שעמדנו על כך בפרשת
עזאמי:¹²⁹

דיון מיוחד מצוי במקורות מורשת ישראל בעניין החובה על שמירת כבוד האדם, גם אם הורשע בדינו, ונגזר עונשו למאסר. רבנו משה בן מימון, לאחר שהוא דן בדרכי הענישה המסורות בידי בית זדין, וביניהן "לאסור בבית האסורין" (רמב"ם, סנהדרין, כד, ט), מסכם הוא ואומר: "כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך והשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים, ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו... שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם" (רמב"ם, סנהדרין, כד, י). ואף מי שנגזר דינו למוות, הורו חכמים, כי ההוצאה לפועל של פסקי-דין מוות תיעשה בדרך שממעטת בייסורין וללא ביזיון, והסיקו על כך מהפסוק "ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא, יט, יח) - "ברור לו מיתה יפה" (כתובות, לז, ב; ונהדרין, מה, א; נב, ב); ללמדך, שאף מי שנידון למוות - "רעך" הוא.

חכמי המשפט העברי התריעו, וחזרו והתריעו, על שמירת כבוד האדם וזכויותיו גם בהיותו נתון במאסר. ומן הראוי לחזור ולציין לדברים, שעמדתי עליהם במקום אחר:¹³⁰

"...המשפט העברי, במקורו, לא הכיר במאסר כאמצעי ענישה כל עיקר. גם לאחר שהשלים עם אמצעי ענישה זה, בהשפעת המערכות המשפטיות שבסביבה וכהכרח אשר לא יגונה, התריעו חכמי המשפט העברי והזהירו על הצורך בשמירה על כבודו של האדם, גם כשהוא נתון במאסר; דיון מאלף על כך מצאנו בתשובתו של ר' חיים פאלאג'י, רבה של איזמיר בטורקיה במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה, שהתריע קשות על הושבת אסירים 'בבית האסורים של צער וטינופת', כפי שהיה המצב בקהילה שבאיזמיר ע"ז."¹³¹

וארשה לעצמי לצטט מדבריו שכחתי במקום אחר:¹³²

"הראוי לציון הוא, כי קליטה זו מהמשפט הנוהג בסביבה לא הביאה עמה גם את תופעות הלוואי של התאכזות כלפי האסירים, תנאים בלתי אנושיים במזון ולונה וכיוצא באלה, ששררו עו' עד למאה התשע-עשרה בארצות השונות; כדברי ההיסטוריון S.W. Baron: 'Jewish prisons, one of which may still be observed in the Altneuschule of Prague, resembled modern penitentiaries rather than medieval towers and dungeons'.

את העצירים המחכים לכיורו משפטם אסור היה להושיב בתנאים דומים לאסירים שכבר נידונו, ואף האסירים שנידונו על עבירות שאין דינן מוות אסור להושיב בבית

129 פרשת עזאמי, לעיל הערה 100, בעמ' 79-81.

130 פרשת סגל, לעיל הערה 128, בעמ' 327-328.

131 שו"ת חקקי לב, ח"ב, תו"מ, ה; וראו: במפורט: מ' אלון *חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי* (תשכ"ד) 228-237.

132 מ' אלון "המאסר במשפט העברי" *ספר היוכל לפנחס רוזן* (תשכ"ב) 171, 200.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

סוהר של טינופת', כי אף-על-פי שחטאו - ישראל הם, ויש לכן להושיבם בבית סוהר של כבוד...¹³³

עיקרו של דבר. על-פי האמור בדברים, כה, ג "ונקלה אחיך לעיניך", קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: "משלקה - הרי הוא כאחיק" (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיק ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.

בהמשכם של דברים בפרשת עזאזמי מצוי דיון מפורט בפסיקה של בתי המשפט בישראל ובמערכות משפטיות של מדינות דמוקרטיות שוחרות חופש באשר לקיום זכויות בסיסיות כאדם לגבי מי שנתון במאסר - וביניהן סדרי אנוש תרבותיים מינימליים של אופן סיפוק צורכי אכילה, שתייה, לינה וסידורים מינימליים נוספים - ודרך מציאת האיזון בין אלה ובין צורכי הביטחון ושמירת סדרי-בית-הסוהר.¹³⁴ וכה סיכמנו דברינו:

כאלה וכאלה הם ההלכות והדינים באשר לזכויות אדם בסיסיות להן זכאי גם מי שהורשע בדינו ונגזר עליו עונש מאסר. ועל אחת כמה וכמה שכך הוא לעניין מי שנתון במעצר, וטרם הוכרע דינו, שהוא בחזקת חף מפשע ועומדת לו חזקת כשרות. ובמיוחד כך הוא לאור חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), ובהתחשב עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כל אסור ועצור בישראל, גם כאשר חופש התנועה ניטל הימנו כדין וסגור הוא מאחורי סוגר וברית, זכאי הוא לצורכי אנוש מינימליים ויסודיים. עם צרכים אלה נמנים לא רק עצם זכותו לאכילה, שתייה ולינה כדי לקיים את גופו מבחינה פיסית, אלא גם סדרי אנוש תרבותיים מינימליים של אופן סיפוק צרכים אלה, כדי לקיים את כבודו כאדם מבחינה נפשית. מילוי זכות אנוש מינימלית ויסודית זו מן הראוי שתזכה לשימת לב מרבית של הגורמים המוסמכים האחראים לכך.¹³⁵

מציאות קשה ובלתי נסבלת זו השפיעה על פסיקתו של בית המשפט העליון בדונו במעצרו של אדם או במאסרו. כך, דרך משל, החליט בית המשפט העליון בפרשת ששון.¹³⁶ הנאשם הורשע, על-פי הודאתו, בהחזקת סם מסוג חשיש והחזקת נשק שלא כדין. עברו

133 וראה עוד בהמשכם של דברים על תנאי המאסר בבתי המאסר שבקהילות היהודיות לעומת התנאים ששררו אצל כלל האוכלוסייה. וראה על כך במפורט: מ' אלון, לעיל הערה 131, עמ' 111 ואילך, ובייחוד עמ' 185; פנקס ועד הקהילות הראשיות במדינת ליטא, בעריכת שמעון דובנוב, ברלין, תרפ"ה, תקנה שלג, בעמ' 70; ב"ש 71/78 מ"י נ' אבוקסיס, פ"ד לב (2) 240, בעמ' 251. וראה עוד דיון מפורט על כך בבג"ץ 5304/92 פר"ח נ' שר המשפטים, פ"ד מז (4) 715, בעמ' 734-743.

134 פרשת עזאזמי, לעיל הערה 100, בעמ' 81-84. וראה עוד בג"צ 355/79, 391, 373 קטלן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לד (3), 294; בג"צ 114/86 וזייל נ' מ"י ואח', פ"ד מא (3) 477, בעמ' 490-492; עצ"א 4/82 (ב"ש 904/82) מ"י נ' חמיד, פ"ד לו (3) 201, בעמ' 210, 212; בג"צ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כו (2) 686, בעמ' 690; בג"צ 221/80 דרויש נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לה (1) 536.

135 פרשת עזאזמי, לעיל הערה 100, בעמ' 84-85.

136 בש"פ 4014/92 רוני ששון נ' מ"י, לא פורסם.

מנחם אלון

הפלילי לא היה מכביד, ועד להרשעה זו לא נידון למאסר. בית משפט השלום החליט לבקש תסקיר שירות המבחן בטרם יגזור אוו זרין, ומטעם שירות המבחן הוגשה בקשה לאפשר את הכנת התסקיר כשהעורר אינו עצור מאחורי סורג וברית - והנימוקים הובאו לכך בתסקיר; בית משפט השלום נענה לבקשה, והחליט על מתן ערובות ומעצר בית חלקי. בין יתר הנימוקים נאמר בהחלטת בית משפט השלום, כנימוק לשחרור ממעצר:

מה עוד, שתנאי המעצר היום במדינה, וזו כבר כמעט ידיעה שיפוטית, הם למטה מכל ביקורת, ומתאימים יותר לימי הביניים מאשר לימינו אלו.

בית המשפט המחוזי החליט על מעצר עד תום ההליכים, בנמקו לאמור:

אוסף עוד כי לטעמי בית המשפט בדונו בכקשות לעצור נאשם, יהיה זה עד תום ביורר דינו או לתקופה קצרה מזו, חייב לתת דעתו לכתוב בדין ולפסיקה, על כן תנאי המעצר יהיו אשר יהיו, ואינני מטיל ספק שהם קשים, אינם רלוונטיים לאותם המקרים שעל-פי הפסיקה נשלחים נאשמים למעצר עד תום ההליכים ובין היתר על נשיאת נשק וסמים בכמויות גדולות כפי שהדבר במקרה דנן.

בבית המשפט העליון אומצה גישתו של בית משפט השלום ואימצתי את נימוקו האמור:

נימוק זה ראוי הוא שיהיה אחי השיקולים ככואנו לרון במעצרו של אדם בטרם משפט ובטרם נגזר דינו. שהרי בתנאי המעצר השוררים כיום הזה, לצערנו הגדול, יש בהם לא רק משום שלילת חירותו של הנאשם, אלא משום בזיונו, השפלת כבודו וחילול צלם האלוקים שבו. מבחינה זו, כידוע, תנאי המעצר קשים הם אף מאלה שנידונו למאסר. וכיום הזה, עם הכננת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, שומה עלינו לתת את הדעת גם לשיקול זה במכלול השיקולים בסוגיית המעצר (ראה סעיף 5 לחוק-יסוד הנ"ל); וכבר דנתי במפורט בחוק-יסוד זה ומשמעותו לסוגיית המעצר עד תום ההליכים (ראה בש"פ 2169/92, סוויסה נ' מדינת ישראל). לדעתי, בנסיבות המיוחדות שבפנינו, שיקול זה ייתכן ויהיה בו כדי להביא לשחרור העורר ממעצר מאחורי סורג וברית.

תופעה חמורה במיוחד היא שהתנאים בבתי המעצר, ששם שוהים העצורים המחכים לבירור דינם והם אפוא בחזקת חפים מפשע, גרועים בהרבה אף מהתנאים השוררים בבתי-הסוהר, מקום בו שוהים אלה שהורשעו ונידונו למאסר. תנאי השוהיה במקומות המעצר גרועים וחמורים מהתנאים השוררים בבתי-הסוהר, מכל בחינה שהיא. על כך מצויים דינים וחשבונות מפורטים, שלא אחח הוגשו ליריעת השופטים היושבים על מדין.

העציר והאסיר נידונו להגבלת חופש תנועתם, ולכך בלבד. כך הוא להלכה, אבל למעשה מושפלים הם עד דכא ומבוזים הם יום ויום ושעה ושעה. בכל אלה יש משום פגיעה חמורה ביותר בצלם האלוקים שבאדם, בכבוד האדם. תופעה זו חמורה היא, וקשה היא פי כמה וכמה משלילת זכויות חופש הביטוי, חופש ההפגנה וכיוצא באלה, ויש בה משום כתב אישום חמור

לחברתנו. על המחוקק ועל בתי המשפט לעשות למען קיום האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתיקונו ולשיקומו של ציבור זה, של "האדם האפור" שאין דואג לו. בכגון זה, זוהי הסינתזה של ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ערכים דמוקרטיים על-פי המשמעות והתוכן של ערכים יהודיים שיסודם בכבוד האדם, כבוד שיסודו כבריא את האדם כצלם אלוקים.

4. טיפול רפואי; הצבעה בקלפי; קיום חיי אישות
על-פי עיקרון זה של השמירה על כבוד האדם גם באשר נשללה הימנו חירותו כדין כעונש על עבירה שהורשע בה, נקבעה שורה ארוכה של החלטות עקרוניות נוספות. החלטות אלה נתקבלו בפסיקתו של בית המשפט העליון בדרך העיון בערכים של מורשת ישראל וערכים דמוקרטיים והסינתזה ביניהם, עוד בטרם היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לעולמה של מערכת המשפט בישראל. בחלק מפסיקה זו באו הבעיות שנידונו בה על פתרונם הרצוי והמלא, אם מכוח הפסיקה בלבד, ואם מכוח חקיקה מפורטת שבאה בעקבות המלצת בית המשפט. אך יש שפסיקת בית המשפט, קצרה ידה להביא לכלל תיקון נאות וראוי, ועתה עם היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו למערכת משפטנו, מן הראוי ומן הנכון להשלים את מלאכת התיקון שבה החל בית המשפט העליון, על-ידי קביעת הסדרים נאותים בדרך החקיקה, כפי שמתחייב מהוראות חוק-יסוד זה. נעיין בדוגמה אחת לכל סוג מהחלטות אלה.

(א) טיפול רפואי

בפרשת *תמיר*¹³⁷ נידונה עתירה של אסיר לקבל טיפול רפואי על-ידי רופא שהוא נותן בו אמון ולא רק על-ידי רופא בית-הסוהר. בית המשפט נענה לעתירה. בין היתר אמרנו על כך בפסק-הדין:¹³⁸

הלכה פסוקה בדינו, מכוח עקרון החירות האישית של כל הנכבא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כוונתו ושלא בהסכמתו (בג"צ 355/79, 370, 373, 291; ע"א 548/78, בעמ' 755).¹³⁹ זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלמו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות 'נפגע' בהם אלא בהסכמתו (וראה: ע"א 67/66, 81, בעמ' 233).

ביטוי מאלף לכך מצאנו במשנתם של חכמים. שנינו (משנה, נדרים, ד, ד): "המודר הנאה מחבירו... מרפאהו רפואת נפש"; כלומר, מי שנדר שלא ייהנה מחבירו או שחבירו הרירו שלא ייהנה ממנו, מותר לו ליהנות משירותיו הרפואיים של אותו חבר, כי החוכה והזכות לריפוי הגוף והנפש "מצוה היא" (רמב"ם, נדרים ו, ח). בתלמוד הירושלמי נאמר, כי דין זה חל לא רק במקרה שבאותו מקום לא מצוי אלא רופא אחד

137 ראה לעיל הערה 134.

138 שם, בעמ' 205-206.

139 וראה על כך לאחרונה דיון מפורט בפרשת *שפל*, לעיל הערה 6.

מנחם אלון

- והוא החבר שהימנו הוא מודר הנאה - אלא גם כאשר מצוי שם רופא אחר, והאפשרות בידו לזקק לשירותיו הרפואיים של הרופא האחר, רשאי הוא, אם רצונו בכך, לקבל את השירותים הרפואיים מהרופא שהוא מודר הנאה הימנו, והנימוק הוא, כי "לא מכל אדם זוכה להתרפאות" (ירושלמי, נדרים, פרק ד, הלכה ב), "דאפילו יש לו אחר שירפאנו, מותר הוא לרפאותו רפואת גופו, שלא מכל אדם - אדם זוכה להתרפאות" (גימוקי יוסף על הרי"ף, נדרים, מא, ב). זוהי ההלכה הנקוטה בידינו: "ראובן שאסר הנאתו על שמעון וחלה שמעון, יכול ראובן... לרפאותו אפילו בידים, אפילו אם יש רופא אחר שירפאנו" (שו"ע, יו"ד, רכא, ד). בטיפול הרפואי ממלא תפקיד חשוב גם האמון האישי שבין החולה לרופא, אשר החולה בחר בו, ואשר על כן - "אף-על-פי שיש לו מ' שירפאהו, חייב הוא (הרופא שהוא מודר הנאה הימנו - מ"א) לרפאותו אם הוא ראוי לכך, דפקוח נפש מילתא רבה (דבר גדול - מ"א)" (ריטב"א על הרי"ף, נדרים, מא, ב).

זכות יסוד זו לשלמותו הגופניים והנפשיים ולבחירת הטיפול הרפואי הנראה לו לשם קיומם שמורה לו לאדם, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי אלא כאשר הדבר מתווב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין, ומאחר שכך, משמבקשים שלטונות בית-הסוהר לשלול מן העצור או מן האסיר זכות זו, חובת ההוכחה וההנמקה מוטלת עליהם, כי שלילה זו טעמה ונימוקה עמה ובדין יסודה...

בהמשכם של דברים עמדנו במפורט על עמדת המשפט העברי במקצת הנושאים השונים שעמדנו עליהם במפורט לעיל, שהמכנה המשותף להם ולנושא הנידון הוא שגם בעת ריצוי העונש, האסיר "אחיק ורעך הוא, זכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו", ועל דרך איוון קיומה של זכות זו עם חובתם של שלטונות בית-הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה מהאסיר והנובע מחובתם זו, היינו שנויה על כללי הביטחון ועל סדרי בית-הסוהר. עמדה עקרונית זו, שאליה הגענו בפרשת ממי, מקובלת כיום גם בפסיקתם של בתי המשפט בארצות-הברית, כפי שעמדנו על כך בהמשכו של פסק-הדין.¹⁴⁰ והוספנו ואמרנו, כי כוונת פסיקתנו האמורה היא -

...שעל שלטונות בית-הסוהר לכבד זכותו זו ולאפשר לו ליהנות ממנה, היינו שעליהם להימנע מלהפריע לאסיר לקבל ייעוץ וטיפול רפואיים כאלה, אך לא מוטלת עליהם חובה לממן לאסיר הוצאות טיפול רפואי זה, אשר הוא בוחר בו. לאסיר שמורה הזכות שהייתה לו בטרם נשלל הימנו חופש התנועה, ודינו, לעניין זכות בחירת הטיפול הרפואי, כדין כל אדם אחר אך לא יותר על כך, ומשכח בטיפול רפואי אחר, חובת המימון הכרוכה בכך מוטלת עליו.¹⁴¹

140 שם, בעמ' 206-211.

141 שם, בעמ' 209.

(ב) הצבעה בקלפי

עתירה בדבר זכות הצבעתו של אסיר לבחירות לכנסת נידונה בבית המשפט העליון עוד בשנת 1959,¹⁴² ושוב כעבור עשר שנים,¹⁴³ ונדחתה כשהנימוק העיקרי הוא הקושי בגיוס כוחות שמירה מספיקים כדי לאפשר לאסיר להצביע בקלפי שבמקום מגוריו. כעבור למעלה מעשר שנים שוב עלתה עתירה כזו בפני בית המשפט העליון.¹⁴⁴ העתירה נדחתה משום שהוגשה יום אחד לפני מועד קיום הבחירות ולא היתה כל אפשרות טכנית-פיסית להסדיר את זכות הבחירה של העותר-האסיר; אך אמרנו בפסק-הדין "שמקום יש לחזור ולעיין בגופה של שאלה זו, שהרי מדובר באתת מזכויות היסוד של האזרח ובהוראת יסוד שבחוק-יסוד הכנסת שלפיה הבחירות הן כלליות (סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת), היינו שלכל אדם באשר הוא, הממלא אתר החוק, הזכות להשתתף בבחירות לכנסת. אין צורך לומר, שזכות זו לא נשללה בחוק מאדם המרצה עונש מאסר".¹⁴⁵ כעבור שנים מספר חזר ועלה הנושא בפני בית המשפט.¹⁴⁶ גם הפעם נדחתה העתירה בגלל חוסר האפשרות לנקוט את ההסדרים הדרושים לרגל קרבת מועד הבחירות, אך הפעם נידונה השאלה לגופה, ובית המשפט החליט שלקראת הבחירות הבאות יש לעשות ולהכין בעוד מועד את הסידורים הדרושים כדי לאפשר לאסירים ולעצורים לממש להבא את זכות ההצבעה לכנסת. וכך נימקתי את דעתי:¹⁴⁷

1. כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין.¹⁴⁸ שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא:

"על-פי האמור בדברים, כה ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיך' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו" (שם, בעמ' 208).

ואם כך הוא לעניין כל זכות שהיא, על אחת כמה וכמה שכך הוא לעניין הזכות לבחור לכנסת, שזכות יסוד מובהקת היא במשטר דמוקרטי, ושלגביה קיימת הוראה מפורשת בחוק, שמצויה היא בידי כל אזרח בישראל מכן שמונה-עשרה שנה ומעלה, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על-פי חוק (סעיפים 4 ו-5 לחוק-יסוד: הכנסת).

142 בג"צ 215/59 גלר נ' שר הפנים ואח', פ"ד יג 1703.

143 בג"צ 269/69 הסיעה של הרשימה הקומוניסטית החדשה (רק"ח) נ' שר המשטרה ואח', פ"ד כג (2) 233.

144 בג"צ 378/81 אמסלם נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לה (3) 673.

145 שם, בעמ' 674-675. השופטים יצחק כהן ושמגר, בהסכמתם למסקנה שבפסק-דין נמנעו מלהביע דעה באשר לעיון תווך בנושא זכות הבחירה לאסירים.

146 בג"צ 337/84, 341, 359 הוקמה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לח (2) 826.

147 שם, בעמ' 832-833.

148 פרשת ממיז, לעיל הערה 134, בעמ' 208.

מנחם אלון

בא-כוח המדינה טען, בין היתר, כי מאחר שהמחוקק לא מצא לנכון להסדיר את זכותם של אסירים לבחור, כשם שהסדיר בחוק את זכותם של חיילים, שוטרים, ימאים וסוהרים לבחור, אף-על-פי שבעבר כבר העיר בית המשפט, שמן הראוי לעיין גם בשאלת הסדר זכות בחירתם של אסירים - יש להסיק מכך שדעת המחוקק היא שאין לקיים זכות בחירתם של אסירים ועצירים. אמרנו על כך בהמשכם של דברינו:¹⁴⁹

במקרה שלפנינו קבע המחוקק מפורשות בחוק-יסוד: הכנסת, כי זכות ההצבעה מצויה בידי כל אזרח בישראל, והוואה זו אינה בטלה מאליה, משלא קבע המחוקק בחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] כיצד ובאיזו דרך תבוצע זכות זו על-ידי מי שנתון במאסר. בכגון דא אין להסיק משתיקת המחוקק בעניין אופן בחירת אסירים על הסדר שלילי כי אם על חוסר הסדר; וודאי שכך הוא, כשמדובר בזכות יסודי זכות הבחירה לכנסת. אם אמנם וצונו של המחוקק הוא לשלול את זכות הבחירה ממי שנתון במאסר או להשאיר זכות זו כזכות ערטילאית שאין לקיימה ולממשה, היה עליו לומר דברו זה במפורש וכדרך חוק, שיתקבל ברוב מיוחס של 61 חברי כנסת, כמחויב לעניין סעיף 4 של חוק-יסוד: הכנסת. זכות בחירתם של אסירים שרודה היא אפוא, קיימת ועומדת, ומצפה היא להסדר ביצועה המעשי. מסקנה זו לא רק שמחויבת היא מבחינת הדין, אלא גם ראוי ורצויה היא מבחינה עניינית. וכבר נאמר על-ידי בית משפט זה:

"אי פגיעה בזכות מזכויותיו של האסיר, כפי שהיו בידו בטרם נשלל הימנו חופש התנועה, מטובתו של האסיר הוא, כדי לשמור ככל האפשר על הקשר בינו לבין החברה החופשית, אשר הימנה בא ושהוא מנותק הימנה, באופן זמני, על-ידי חומת כלאו; וכן מטובתה של החברה הוא, כדי לקדם ככל האפשר את שיקומו של האסיר ועל-ידי כך להקל על שובו והשתלבותו בחברה, אשר הוא ממשיך, גם בכלאו, להימנות עמה."¹⁵⁰

ואם כך הוא לעניין כל זכות ומזכויותיו של האסיר, מכל שכן שכך הוא לעניין זכותו להצביע לכנסת, שאין כמוה כדי להצביע על הקשר שבינו לבין החברה, שהימנה בא ושאליה עתיד הוא לשוב. ומאחר שבתוסר הסדר קא עסקינן, הרי לפנינו שאלה משפטית הטעונה הכרעה, שלא נמצאה לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, ויש להכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל (סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980). מכוח עקרונות חירות וצדק אלה קבע המשפט העברי, כפי שראינו לעיל, כי זכויותיו וכבודו של האסיר כאדם שמורים עמו ועומדים לו, ויש לקיימם כפי שמקוימים הם לגבי 'אחיך ורעך'. מכוח עקרונות אלה שומה עלינו למצוא דרך לממש זכות בחירתם של האסירים והעצירים על אף הקשיים הטכניים הכרוכים בכך.

149 פרשת הוקמה, לעיל הערה 146, בעמ' 834-835.

150 פרשת חמיר, לעיל הערה 134, בעמ' 2.

במקרה זה נתבססה הפנייה לעקרונות החירות והצדק שבמשפט העברי על חוק יסודות המשפט, היינו לפי הוראת חוק זה המחייב במקרה של לקונא להיזקק לעקרונות האמורים שבמורשת ישראל. ואכן בא הנושא על הסדרו בחוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 17), התשמ"ו-1986, אשר אפשר ביצוע זכות הבחירה לכנסת גם לאסירים ולעצירים.¹⁵¹ שני הנושאים האמורים - טיפול רפואי וזכות ההצבעה - באו לכלל פתרון מלא, אם בדרך הפסיקה בלבד ואם בדרך החקיקה בעקבות הפסיקה. לא כן הוא באשר לנושא אחר, שעתה נדון בו, שעדיין מצפה להסדר ראוי שכיום הוא חובה לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(ג) קיום חיי אישות

בפרשת וזייל¹⁵² מדובר באסיר שהורשע בפלילים, והושת עליו מאסר בפועל לתקופה של שלושים ושישה חודשים וקנס בסכום של עשרים מיליון שקלים (ישנים) או חמש מאות ימי מאסר תמורתם. האסיר עתר לבית המשפט הגבוה לצדק שיורה לאפשר לו לקיים חיי מין עם בת זוגתו לפחות אחת לחודש. בית המשפט קבע קיומה של זכות יסוד זו השמורה לאסיר ודן בדרכים האפשריות למימושה. אמרנו על כך, בין היתר, בפסק-הדין:¹⁵³

דבר ברור הוא, ואין צריך לאמרו ולנמקו, ששלילת האפשרות מאדם בוגר לקיום יחסי אישות, לתקופת זמן שאינה קצרה, פגיעה קשה יש בה באדם שהימנו היא נשללת. יצר המין הוא דבר טבעי ואנושי, ודיכוי של יצר זה על כורחו של בעל היצר נוגד את טבע האדם וצרכיו. קיומה של זכות זו מובן הוא מאליו, ואין הוא נובע מכך שכתוב הוא עלי ספר, וקיים הוא אף אם אינו מנוי בקריטריונים, ובנסיבות רגילות וחריגות, למיניהם ולסוגיהם. בעולמה של יהדות המשיכה המינית היא תופעה רצויה וחיובית. בפסוק שבתורה, שנאמר לאחר בריאת האדם: "וירא אלקים את כל אשר עשה והנה טוב מאד" (בראשית, א, לא), פירשו חכמים את המלים "והנה טוב מאד" שמכוונים הם, בין היתר, ליצרו של אדם, שאילולא הוא: "לא בנה אדם בית ולא נשא אשה ולא הוליד בנים" (בראשית רבה, פרשה ט, ז; וראה עוד יומא, סט, ב). היהדות, בניגוד לדתות אחרות, שללה לחלוטין פרישות מינית, הן לגבי כל אדם והן לגבי מי שמשמש בקודש, וראה בפרישות זו, כמו בפרישות אחרת מהנאות העולם, משום תופעה שלילית (יבמות, סג, א ואילך; וראה עוד נדרים, כ, א; בבא מציעא, פד, א; עירובין, יח, א) וכל אדם מישראל מצווה על מצוות פרו ורבו ודין עונה.¹⁵⁴ מה שנדרש לפי השקפת עולמה של הלכה הוא, שיהא אדם משתמש ביצרו באיזון הראוי, כמליצתם של חכמים: "יצר... תהא שמאל דוחה וימין מקרבת" [נסוטה, מז, א; על "דרכי איזון" אלה בהגותם של חכמים ראה עוד אגרת הקודש המיוחסת לרמב"ן,

151 וראה עוד: פרשת וזייל, לעיל הערה 134, בעמ' 492-493. הסדר זה הוא בניגוד לפסיקה בארצות-הברית השוללת, בדרך-כלל, את זכות האסיר לבחור.

152 לעיל הערה 134.

153 שם, בעמ' 482-483; וכן ראה שם, בעמ' 481, 489-491, 493-494; ועמ' 494 ואילך, לענין הגלות בערי מקלט, בדברים שמצוטטים להלן.

154 ראה: שם, בעמ' 481, בטענות העותר.

מנחם אלון

כתבי רמב"ן, מהדורת שעוועל, תשכ"ד, כרך שני, עמ' שטו ואילך; וראה א' ל' אפשטיין, *דרכי אישות ומנהגיה* (יהושע צ'צ'יק בע"מ, תשי"ט) 9-27].

שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר; ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם, מצויה גם בידי האסיר. השאלה אינה אלא זו, האם יש בה, בשלילת החירות וחופש התנועה, כדי להשפיע על זכות האסיר לקיום יחסי אישות, ואם כן - מה טיבה של השפעה זו, מה נגידתה ושיעורה, ומהו האיזון הראוי והדרוש בין הבטחת שלילת החירות שהיא על-פי ז"ן, מחד גיסא, לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים, מאידך גיסא.

בהמשכם של דברים נידונה סוגיה זו כפי שמתבררת היא בפסיקה ענפה במערכות משפטיות של דמוקרטיות שונות, בארצות-הברית ובמדינות שונות באירופה, והדעות וההצעות השונות שהועלו בעניינה.¹⁵¹ פסק-הדין דן בהצעה "שמקובלת במתוקנים שבבתי הכלא באומות העולם" להנהיג בבתי-הסוהר הסדר של ביקורים משפחתיים, ורואה בהסדר זה את "הפתרון הראוי והנכון להסדר קיומה של זכות יסוד זו בידי האסיר, למענו, לטובתו של התא המשפחתי ולתיקונה של החברה כולה".¹⁵⁶ אך נמנענו מלהורות על כך בעתירה האמורה בגלל הצורך להקדים להסדר זה תיקוני חוק והוראות נהל, הקצאת משאבים גדולים ורציניים, ופתרון בעיות סבוכות של סדרי ביטחון, ששלטונות בית-הסוהר מצווים לשקוד עליהם. הפתרון המוצע בפסק-הדין הוא, במצב הנוכחי, מתן חופשות לאסיר; ולרגל העקרונות והיסודיות של זכות זו, "שמתקרבת היא, במהותה, לזכות של האסיר לתנאים אנושיים בסיסיים באופן סיפוק צורכי אכילה, שתייה ולינה",¹⁵⁷ קובע בית המשפט כי "קנה המידה, על-פיו ייקבע וייבדק מתן אפשרות קיומה של זכות זו, צריך שיהיה שיקולי ביטחון שבפניהם תידחה הזכות, אך לא שיקולים תקציביים, שכל עוד מדובר במתן חופשות בלבד, אינם ניכרים וגדולים במיוחד".¹⁵⁸ וכן קובע בית המשפט כי יש לכלול בהוראות הנהל בדבר תדירות החופשות של אסיר את הווימוק באשר לזכות ההתייחסות "כבעל מעמד מפורש ומיוחד במכלול השיקולים למתן חונשה לאסיר".¹⁵⁹

עם היכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו למערכת משפט של מדינת ישראל, חובה היא להסדיר נושא זה בדרך של עריכת סידורים מתאימים בבתי-הסוהר לביקורים ולמפגשים אינטימיים אצל עצירים ואסירים, נפרקי זמן מסוימים וקבועים. בפרשת זייל מצוי דיון מפורט בחוות-דעת ופסיקה שבמערכות משפטיות שונות באשר לתוצאות החמורות הנובעות משלילת צורך-זכות זו לא רק לעציר ולאסיר אלא לכלל ציבור האסירים - שהחלשים שבהם נופלים קרבן לבעלי הכוח - למשפוזות האסירים ולחברה כולה. ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מחייבים שונהג בדרך "שמקובלת במתוקנים שבבתי הכלא באומות העולם", דרך

155 ש.מ, בעמ' 483-489, 499-500.

156 ש.מ, בעמ' 500.

157 ש.מ.

158 ש.מ, בעמ' 500-502.

159 ש.מ, בעמ' 502.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

שיסודה במורשת ישראל מקדמת דנא, כפי שעמדנו על כך לעיל וכפי שנעיין בה בהמשכם של דברים, בפרשת ערי המקלט.

מיותר לחזור ולומר כי הסדרים חיוביים אלה בנושאים שעמדנו עליהם זה עתה, אין בהם משום תיקון המצב המשווע של תנאי השהייה של עצורים ואסורים בין כותלי בתי המעצר והכלא, העומדים בניגוד חמור ביותר לעקרונות יסוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5. ערי המקלט - סמל לתנאי מאסר לפי מורשת ישראל

בפרשת ווייל¹⁶⁰ דנו במפורט בדיני המשפט העברי בדבר הגלות לערי מקלט (במדבר, לה, ט-לד; דברים, יט, ב-יג), ובהוראות הקשורות בדרך ענישה זו, שיש בה משום דוגמה מאלפת של שלילת חירותו של אדם על-פי דין מצד אחד, ושמירה על זכויותיו האנושיות והתרבותיות מאידך. נעיין בדברים אחרים מדיון מפורט זה. באשר לחובת הגלות אמרנו (שם, בעמ' 494-495):

התורה מנמקת את דין הגלות לעיר המקלט - וכך הוא נידון גם בהלכה - כדי להציל את ההורג בשגגה מידיו של גואל הדם. אך עוד בתקופת התנאים ראו בגלות לעיר המקלט משום עונש על מעשה ההריגה, וההורג חייב היה לגלות, גם כאשר לא היה קיים חשש של נקמת גואל הדם (ספרי דברים, פסקא קפא; וראה עוד אור שמח, רוצח ושמירת נפש, ו, יב) וגם כאשר ההורג ויתר מרצונו על הגנה זו (הרב ד' צ' הופמן, דברים יט, ה). מאלפים הם דבריו של בעל ספר החינוך, מחכמי ההלכה ובעלי ההגות בסופה של המאה השלוש-עשרה, בהסברו של הרעיון הגלום בשליחת ההורג נפש בשגגה לעיר המקלט (החינוך, מצוה תי):

"שנצטוו בית-דין של ישראל לשלוח מכה נפש בשגגה מעירו ולהושיבו בערי מקלט, שנאמר והשיבו אותו העדה אל עיר מקלטו וגומר, וישב בה עד מות הכהן הגדול, וגם המכה גם הוא בכלל מצות עשה זו, שנאמר עליו: 'כי בעיר מקלטו ישב עד מות הכהן הגדול'.

משרשי המצוה; לפי שעון הרציחה חמור עד מאד, שבה השחתת העולם, עד שאמרו זכרונם לברכה, שההורג נפש במזיד, אפילו עשה כל המצות - אינו ניצל מן הדין, שנאמר: 'אדם עשוק בדם נפש, עד בור ינוס ולא ימלט' (במשלי, כה, יז, הנוסח הוא: 'עד בור ינוס אל יתמכו בו'). ולכן ראוי למי שהרג אפילו שוגג (אימתי נחשב כהורג בשוגג לעניין גלות - ראה רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, פרק ו - מ"א), מכיין שבאת תקלה גדולה כזו על ידו - שיצטער עליה צער גלות ששקול כמעט כצער מיתה שנפרד האדם מאוהביו ומארץ מולדתו, ושוכן כל ימיו עם זרים.

ועוד יש תיקון העולם במצוה, כמו שבאר הכתוב, שינצל עם זה מיר גואל הדם לכל יהרגנו על לא חמס בכפיו - שהרי שוגג היה.

ועוד תועלת ברבר, לכל יראו קרובי המוכה (את - מ"א) הרוצח לעיניהם תמיד במקום שנעשתה הרעה.

160 ראה לעיל הערה 134, בעמ' 494-498.

”וכל דרכי התורה נועם.”

הנימוק העיקרי להגליה לעיר מקלט, לדעת בעל החינוך, הוא אפוא השתת עונש על הרוצח בשגגה, שתקלה כה גדולה באה על ידיו, והוא כליאתו בעיר מקלט ופרידתו מירידיו ומעיר מולדתו.

מאלפות לענייננו ההוראות באשר לתנאי השהייה של הגולה בעיר המקלט (שם, בעמ' 495):

מי שהורשע על הריגת אדם. גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו; ולא זו בלבד, אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלה צורכי חיים חיוניים. כאמור, ארבעים ושתיים הערים, שהיו מיושבות על-ידי הלויים, שנמנו עם מורי העם וחכמיו, שימשו כערי מקלט, וסביבה זו היה בה כדי לשקם את הגולה-האסיר ולהחזירו למושב. הלכות אלה, וכיוצא בהן, נשנו במקורות תלמודיים שונים (ראה ספרי, במדבר, פסקא קס; ספרי, דברים, פסקא כא; מכות ז, א-יג, א; תוספתא, מכות, פרקים ב-ג). ואגו נעיינ באחדות מהן, כפי שמובאות הן על-ידי הרמב"ם (רוצח ושמירת נפש, ז, הלכות א, ו-ז; ת, ח):

”תלמיד שגלה לעיר מקלט - מגלין רבו עמו, שנאמר, 'וחי' (דברים, יט, ה) - עשה לו כדי שיחיה, וחי בעלי חכמו ומבקשיה בלא תלמוד תורה כמיתה חשובין. וכן הרב שגלה - מגלין ישיבתו עמו.”

”עיר מקלט שרובה רצחנים - אינה קולטת, שנאמר, 'ודיבר באזני' זקני העיר ההיא את דבריו (יהושע, כ, ד), ולא ישוין דבריהם לדבריו, וכן עיר שאין בה זקנים - אינה קולטת, שנאמר: זקני העיר הזיא.”

”רוצח שגלה לעיר מקלט ורצו אנשי העיר לכבדו, יאמר להם: רוצח אני. אמרו לו - אף-על-פי כן, יקבל מהם.”

”ערי מקלט אין עושין אותן לא עיירות גדולות ולא כרכים גדולים ולא קטנים, אלא עיירות בינוניות. ואין מושיבין אותן אלא במקום שווקים ובמקום המים; ואם אין שם מים מכניסין לתוכן מים. ואין מושיבין אותן אלא במקום אוכלוסין; נתמעטו אוכלוסיהן - מוסיפין עליזן. נתמעטו דיוריהן - מכניסין לתוכן כהנים לויים וישראלים.”

דיון מאלף מצוי בשאלה באשר למעמדו של האסיר הגולה לאחר שהוא שב מגלותו, אם חוזר הוא לתפקיד שמילא לפני שגלה לעיר המקלט; ההלכה נפסקה שאין הוא חוזר לתפקיד שמילא לפני כן, אבל תפקיד אחר יכול הוא למלא “שמאחר שריצה את עונשו - הרי הוא כשאר האדם.” בין היתר ציינו לדבריו של הריטב"א (ר' יום טוב אבן אשכילי, מגדולי ההלכה במאה הארבע-עשרה בספרד; שם, בעמ' 497):

לדעת הריטב"א, מי שהורשע על רצח בזדון, אינו חוזר לשררה כלשהי, וזאת מפאת חומרתה של עבירת רצח, שמופלגת היא יותר מאשר כל עבירה אחרת. לדעתו,

החומרה שבהריגת אדם - גם אם הדבר נעשה בשוגג - היא גם ביסוד דעתו של ר' יהודה, הסובר שאינו חוזר לשררה שהיה בה, ולכן ר' יהודה מסכים, כי - "כשאר עבירות בעלמא, כל שחזר בתשובה שלמה, אפילו לכתחילה ממנים אותו לכל הראוי לו, ואין צורך לומר שחזר למה שהחזק הוא או אבותיו" (חידושי הריטב"א, מכות, יג, א).

וכך סיימנו את דיוננו בפרשה מאלפת זו (שם, בעמ' 497-498):

דין גואל הדם ופרשת ערי מקלט אינם נוהגים בזמן הזה [החינוך, מצוה תי; וראה הרב י' מ' גינצבורג, *משפטים לישראל* (הוצאת מכון הרי פישל, תשט"ז), עמ' שנו ואילך]. אך הרעיון הגלום בדרך הענישה שבעיר המקלט ראוי הוא שיעמוד נגד עינינו כבואנו לדון בסוגיית דרכי הענישה, ביצוען של דרכים אלה ומטרותיהן. עונש הגלות לעיר מקלט ופרטי דיניו הנו דוגמה של שלילת חירות - האסיר הגולה מוגבל בחופש תנועתו ואסור לו לעזוב את תחום עיר המקלט - ששומרת על כבודו של הנענש כאדם, על מעמדו כבן משפחה ועל מקומו בחברה שממנה הוא בא. מקום מגוריו הוא כאחד האדם, בתוככי ציבור שיש בידו, ברצונו וביכולתו להנכו ולשקמו לחיי חברה תקינים, אליה הוא חוזר כשהוא "כשאר כל אדם". ואין צריך לומר, מבחינת נושא עתירתנו, שהייו עם משפחתו אינם נפגעים.

עונש המאסר, כפי שהוא קבוע ומבוצע כיום, אין בו משום שלילת החירות בלבד; באות עמו ומתלוות אליו רעות רבות, מדכאות וחולות, שיש בהן משום ביזוי האדם, רמיסת כבודו והשחתת צלמו. ייתכן שיש לכך הצדקה מסוימת במקרה של אסיר המסכן באופן חמור את שלום הציבור אם יתהלך חופשי בתוכו, אך פרט למקרים כגון אלה עונש המאסר, כפי שהוא מבוצע למעשה, גם אם לפי החוק והנהלים, יש בו כדי לעורר דאגה קשה וחמורה, מבחינה חברתית ומצפונית, ואין בהצהרות הפסיקתיות בדבר זכויות יסוד השמורות בידי האסיר כדי להועיל ולשנות ממצאות עגומה זו. הרעיון והדינים הגלומים בעונש שלילת החירות של האסיר הגולה בעיר המקלט מהווים דוגמה של מאסר בתורת ענישה אידיאלית, שטוב לשאוף אליה, גם אם לא נראה באופן הסיכוי להגשמתה במציאותה של החברה בימינו. ועד כמה מודגש בתורת הענישה העברית גם חלקה של החברה באחריות למעשי העבריינים שבקרבה, ניתן אולי למצוא גם ברעיון שמצאו חלק מהפרשנים בקביעה שכתורה, שהאסיר-הגולה ישהה בעיר המקלט עד מות הכהן הגדול. וכל כך למה? משום שהכהן הגדול, שהוא המורה הרוחני ומחנכו של העם, 'אשם' בכך שבדורו נמצא הורג בשגגה, שהרי אילו הצליח בחינוך הרוח והתפלל עבור הדור, לא היתה באה תקלה זו לעולם, ועל כן ישהה הגולה בעיר המקלט עד מותו של הכהן הגדול.¹⁶¹ אשר על כן המשנה מוסיפה ואומרת: "לפיכך אמותיהן של כהנים מספקות להן (לגולים - מ"א)

161 ראה: רש"י, במדבר, לה, כה, ופירוש גור אריה, במדבר לה, כה; וראה: מכות, יא, א, ומפרשי הסוגיה שם. פרשנים רבים נתנו לכך נימוקים אחרים ושונים - ראה אבן עזרא, במדבר, לה, כה; רשב"ם, במדבר, לה, כה; ספורנו, במדבר, לה, כה; וכן ראה הכתב והקבלה, במדבר, לה, כה, ועקידת יצחק, שער ששה ושמונים.

מנחם אלון

מחיה וכסות, כדי שלא יתפללו על בניהם שימותו" (משנה, מכות, ב, ו), למען ירגישו האסירים בטוב ובנוח בעיר זומקלט, שם מרצים הם את עונשם".

על דרך ענישה זו אמרנו במקוב אחר:

אי-פגיעה, בזכות מזכויותיו של האסיר, כפי שהיו בידו בטרם נשלל הימנו חופש התנועה, מטובתו של האסיר הוא, כדי לשמור ככל האפשר על הקשר בינו לבין החברה החופשית, אשר הימנה בא ושהוא מנותק הימנה, באופן זמני, על-ידי חומת כלאו; וכן מטובתה של החברה הוא, כדי לקדם ככל האפשר את שיקומו של האסיר ועל-ידי כך להקל על שונו והשתלבותו בחברה, אשר הוא ממשיך, גם בכלאו, להימנות עמה.¹⁶²

6. החמרה בדרכי ענישה על עבירה שפגעה במיוחד בכבוד האדם של הקרבן מן הראוי להוסיף ולהעיר בסוגייהנו, שכשם שעקרון היסוד של כבוד האדם בעולמה של יהדות צריך הוא לשמש שמירה על כבודם של חשודים ונאשמים מפני עינוי דינם ומפני תנאי מעצר ומאסר משפילים ומכזים, וכחובה לשיקומו של העבריין לאחר שנשא עונשו וחזר למוטב, כך יכול שישמש אותו עקרון יסוד עצמו כנימוק להתמרה בעונש, כאשר בעבירה שבה הורשע הנאשם יש משום השפלה וביזוי מיוחדים של כבודו של קרבן העבירה. בפרשת גבאי¹⁶³ הועמדו לדין והורשעו שני שוטרים ממשמר הגבול. הללו נהגו באלימות כלפי בני מיעוטים חסרי ישע על לא עוול בכפם, ואף התעללו בהם והשפילום. הם נידונו למאסר בפועל לתקופה משמעותית וערעורם נדחה. נאמר על כך בפסק דינו (שם, בעמ' 490):

מעשי השפלה וביזיון אלה פוגעים הם בצורה קשה וחמורה בגופו ובכבודו של אדם כאשר הוא אדם (סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), חותרים הם תחת אושיותיה של חברתנו, ועומדים הם בניגוד משווע לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1 לחוק-היסוד הנ"ל). יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנה מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם כאשר הוא - שוויונו ואהבתו (בראשית, ט, ו; משנה, אבות, ג, יד; ספרא, קדושים, פרשה ד, י). וכבר עמדנו על כך במפורט במקום אחר (ע"ב 2/84, 3). מרכיב יסוד בעקרונות-על אלה הוא הערך של כבוד האדם: "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה" (ברכות, יט, ב-ב, א). ועל המבזה את האדם אמר רבי תנחומא: "אם עשית כן - דע למי אתה מבזה - בדמות אלוקים עשה אותו" (בראשית רבה, פרשה כד, ז).

162 פרשת תמיד, לעיל הערה 134, בעמ' 212.

163 ע"פ 3632/92 גבאי ואח' נ' מ"י, פ"י מו (4) 487.

1. כלל הפסלות (Exclusionary Rule) לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

1. הוראות בעניין קבילות ראיות שנגבו שלא כדין - יוצאים מן הכלל והכלל דומה עליו כי לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לחזור ולעיין בפסיקה שמקובלת היא, באופן עקרוני, על דעת כל שופטי בית המשפט העליון, ולפיה ראייה שנגבתה שלא כדין, גם אם נגבתה כתוצאה מפגיעה חמורה בכבוד האדם ובצנעת הפרט, אינה פסולה מלבוא בקהל הראיות במשפט הפלילי, אף לא נתון לבית המשפט שיקול דעת לפסול קבילותה של ראייה שנגבתה כאמור. כיום מצויות בסוגיה זו הוראות מסוימות בעניין קבילותה של הודאת הנאשם,¹⁶⁴ שקבילותה תלויה ברצון החופשי או בהתנדבותו של הנחקר למסירת ההודאה. כמו-כן מצויים בחוק שתי הוראות פסילה בנושאים הבאים: האחת - בעניין האזנת סתר שלא כדין לפיו פסולה באופן מוחלט ראייה שנגבתה על-ידי האזנת סתר שלא כדין;¹⁶⁵ והשנייה - בעניין פגיעה אחרת בפרטיות, ולפיה פסילותה של ראייה שנגבתה על-ידי פגיעה זו אינה מוחלטת אלא קבילותה נתונה לשיקול דעת בית המשפט, לפי הנסיבות והמקרה.¹⁶⁶ שתי הוראות פסילה אלה הן חריגים לכלל העקרוני שאין לפסול ראייה אך ורק בגלל האמצעים שנקטו להשגתה, גם כאשר אמצעים אלה פוגעים בצורה קיצונית בכבוד האדם ובצנעת הפרט. כלל עקרוני זה מקורו בפסיקתו של בית המשפט. אין מסגרת מאמר זה יפה להאריך ולדון בעניינה של פסיקה זו, אך נעיין בקצרה בפרשת *ועקנין* שבו חזרה ונידונה סוגיה זו, תחילה בהרכב של שלושה שופטים,¹⁶⁷ ולאחר מכן בדיון נוסף בפני הרכב של חמישה שופטים.¹⁶⁸

2. פרשת *ועקנין*; אמת משפטית ואמת עובדתית

בפרשת *ועקנין* מדובר במקרה שחוקריו של החשוד השקוהו בעל כורחו מי מלח, שנועדו לגרום לו להקיא את אשר בלע. עם ההקאה פלט החשוד מגופו חבילות שהכילו סמים מסוכנים, אשר הוברחו אל בין כותלי בית-הסוהר שבו היה כלוא. השאלה שעמדה לדיון הייתה אם ראיות אלה קבילות. במערכת המשפט האמריקני קיים כלל הפסלות Exclusionary rule - או כפי שהוא מכונה גם The fruits of the poisonous tree theory - עקרון הפירות הבארושים, ולפי כלל זה ראייה שהושגה בדרך זו, שלא כדין, פסולה ואינה קבילה. לפי דיני הראיות האנגליים מסודר במקרה כגון זה שיקול דעת לבית המשפט, אם לקבל את הראייה ואם לאו.¹⁶⁹ בדיון הראשון, שנתקיים כאמור בפני שלושה שופטים, נפסק על דעת הרוב (השופטים כך ושיינבוים, נגד דעת מיעוט של השופט ברק), כי הסמים שהוקאו נגבו בניגוד להוראות חוק הגנת הפרטיות, הכולל במושג זה "בילוש והתחקות אחרי אדם העלולים להטרידו" ובניגוד למושג "הטרדה אחרת" (סעיף 1(2)) המצויה בחוק האמור, ואשר על כן

164 סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ג"ח 420.

165 סעיף 13(1) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118.

166 סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128.

167 בג"צ 249/82 *ועקנין נ' בית-הדין הצבאי לערעורים ואח'*, פ"ד לו (2) 393.

168 דיון נוסף 9/83 *בית-הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין*, פ"ד מב (3) 837.

169 ראה על כך במפורט בשני פסקי-הדין האמורים (הערות 167, 168) שבפרשת *ועקנין*. וראה דבריו המצוטטים מהדיון הנוסף, בעמ' 854.

מנחם אלון

קבילותם של הסמים כראיה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, כאמור בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. בדיון הנוסף נהפכה פסיקה זו ונפסק, על דעת ארבעה מבין השופטים (הנשיא שמגר, המשנה לנשיא, השופט אלון, והשופטים ברק ושלמה לוין) נגד דעת מיעוט (השופט בך), כי הסמים קבילים כראיה, ופסילת קבילותם אינה נתונה לשיקול דעת בית המשפט, כפי ששיקול דעת כזה קיים בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, וזאת משום שלפי ההיסטוריה החקיקתית ותכלית החקיקה של חוק זה, אין להסיק מהמושג "הטרדה אחרת" שבא לאפשר לכלול בו את המקרה שאירע בפרשת *ועקנין ועל-ידי* כך להכניס לעניין זה את "כלל הפסילה" כאשר לראיות שנגבו שלא כדין במערכת המשפט בישראל.

בהנמקת דעתי עמדתי על כך שנוֹדֵךְ-כלל פסיקה משפטית, צריך שתשאף להגיע לקביעת האמת העובדתית, ורק במקרים יוצאים מן הכלל יש שהמערכת המשפטית מעדיפה שמירה על אינטרסים ערכיים מסוימים החשובים בעיניה מגילוי האמת העובדתית, ו"כלל הפסילה" לעניין ראיות שנגבו שלא כדין, לא נמנה במערכת המשפטית בישראל על מקרים יוצאים מן הכלל אלה. על המקרים היוצאים מן הכלל נמנה במערכת המשפטית בישראל הדין שאין חובת גילוי של עובדות חסויות שבאו לידיעת רופא תוך כדי טיפולו בחולה, או לידיעת עורך-הדין מפיו של לקוחו;¹⁷⁰ הדין בדבר אי-קבלת עדות בן זוג נגד בן זוגו בעניינים מסוימים;¹⁷¹ הפסיקה באשר להימנעות בקביעת ממצאים עובדתיים שיש בהם משום הדבקות תו פסול במעמד האישי כגון, פיסולו של קטין כממזר, ועוד.¹⁷² כאשר להבחנה זו בתחום המשפט הפלילי נאמר על-ידי המלונד Ashworth לאמור:

No system of criminal justice values truth above all other considerations... A legal system must reach a decision on an acceptable demarcation between permissible and impermissible methods, usually by way of political compromise...¹⁷³

תרגומם של דברים:

אין שיטה של עשיית צדק נופלילים, המעריכה את האמת מעל לכל שיקול אחר... מערכת משפטית צריכה להגיע לכלל החלטה, שיסודה במדיניות של פשרה, בדבר קו תחום מוסכם, המבדיל בין אמצעים מותרים או אסורים.

170 פקודת הראיות, סעיפים 48, 49.

171 שם, סעיף 3.

172 ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736; וראה בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449; ע"א 1354/92 יזה"מ נ' פלוגית, פ"ד מח (1) 711. וראה בג"צ 152/82 הנ"ל, באשר להבחנה זו ומדיניות משפטית זו בדבר קיומן של "אמתות" שונות בכלל המערכת המשפטית.

173 A.J. Ashworth "Excluding Evidence as Protecting Rights" [1977] *Crim. L. Rev.* 723, 173 732-733

אכן זאת מדיניות פסיקת הדין לפי "האמת לאמתו".¹⁷⁴ אך לעניין שעלה בפרשת ועקנין סכרתי, תוך הסתמכות על דברים שאמרת בפרשת מועדי,¹⁷⁵ כי יש להעדיף את האמת העובדתית על פני האמת המשפטית. וכך נימקתי את דעתי:¹⁷⁶

ניגוד זה שבין האמת המשפטית לאמת העובדתית צריך שיהא בכחינת יוצא מן הכלל, באותם עניינים שבהם עלה מלפני המחוקק, שהשמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיניו מגילוי האמת העובדתית. אך משלא קיימת הוראה מפורשת בדבר קיומו של יוצא מן הכלל כאמור, הכלל הוא, כי "המערכת המשפטית משתדלת היא להתאים, ככל האפשר, את עקרונותיה לאמת שבמציאות, והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מרבית לבירורה של האמת העובדתית..." אמנם כן, כדברי Ashworth המובאים לעיל, "אין שיטה של עשיית צדק בפלילים, המעריכה את האמת מעל לכל שיקול אחר..." אך הייתי מוסיף ואומר, שבדרך-כלל עשיית צדק מחייבת הערכת האמת מעל לכל שיקול אחר, ורק במקרים יוצאים מן הכלל ניתן להעדיף שיקולים ערכיים אחרים על פני הערכת האמת וגילויה. ובדרך-כלל צריך שיוצאים מן הכלל אלה יהיו קבועים במפורש בחוק, ואין זה מן הנכון ומן הרצוי, שסטייה מעיקרון כה מהותי ויסודי והעדפת שיקולים אחרים על פניו תיעשה בדרך החקיקה השיפוטית ופסיקת הדין.

וזהו אמת המידה הנקוטה במערכת המשפטית שלנו, ואציין לדוגמה אחת, הקרובה בעינינו לסוגיה שלפנינו. ידועה היא התאוריה, הנהוגה במערכת המשפט האמריקני, שלפיה כל ראייה, שהושגה בדרך בלתי הוגנת, במישורין או בעקיפין, בלתי קבילה היא בתור פרי מ"הפירות הבאושים של העץ המורעל" (The fruits of the poisonous tree theory). לפי תאוריה זו אין הקבילות חלה לא רק לעניין הודיית הנאשם, שהושגה על-ידי חוקרי המשטרה בדרך של אלימות פיסית ונפשית, אלא גם לעניין ראיות חפציות כגון תפיסת סמים, שהושגו כתוצאה מעריכת חיפוש בלתי חוקי או מתפישת תפוצים בלתי חוקית, ואף לעניין ראיות, שהמרחק בינן לבין "העץ המורעל" הוא הרבה מעבר לכך. הנימוק שביסוד גישה זו הוא לחנך את חוקרי המשטרה להימנע ממעשי אלימות והתעללות ופגיעה בהוראות החוק על-ידי פסילה מרחיקת לכת של הראיות, שהושגו באמצעים פסולים. לפי שיטה זו נקבעת אפוא האמת המשפטית, היינו זיכוי הנאשם ברין, מתוך שיקולים של מדיניות משפטית בדבר שמירת כבוד האדם וזכויותיו, תוך התעלמות מהאמת העובדתית, הגלויה על פניה, כגון במקרה של מציאת הסם כתוצאה מחיפוש בלתי חוקי, שאזי אשמתו של הנאשם אינה מוטלת בספק. באנגליה, ובמדינות רבות אחרות, ההלכה הנקוטה היא, שראיה, שאין להטיל ספק במהימנותה מבחינה אובייקטיבית, קבילה היא, אף אם הושגה באמצעים בלתי חוקיים, אך לבית המשפט נמסר שיקול דעת לפסול קבילותה, במקרים מסוימים;

174 ראה: ע"פ 115/82, 168 מועדי נ' מ"י, פ"ד לח (1) 197, בעמ' 259.

175 שם, בעמ' 261-262.

176 פרשת ועקנין, לעיל הערה 168, בעמ' 853-855, על-פי האמור בפרשת מועדי, שם.

מנחם אלון

ומסתבר שלאחרונה ניכרים אף בארצות-הברית סימני נסיגה מעמדתה מרחיקת הלכת (ראה לאחרונה בג"צ 249/82).

במערכת המשפט בישראל הלכה מקובלת היא, שאין עליה עוררין, כי ראייה, שכשרה ומהימנה היא כשלעצמה אך הושגה באמצעים פסולים ובלתי חוקיים, קבילה היא, ולבית המשפט אף אין שיקול דעת לפסלה [ע"פ 476/79 (המ' 658/80), בעמ' 801]. אמנם, השמיע בית משפט זה פעם בפעם אזהרות לגורמים המוסמכים על זלזולם בהוראות החוק והנחיות בית המשפט בדרך גביית ראיות, ולעתים תוך השמעת איום על אפשרות פסילת ראיות שהושגו בדרך זו (ראה: ע"פ 96/66, בעמ' 548; ע"פ 260/78, בעמ' 207; ע"פ 559/77, בעמ' 182; ע"פ 369/78, בעמ' 381), אך הדברים לא יצאו מכלל אזהרה, וההלנה הפסוקה היא, "שאמצעים פסולים שנקטה המשטרה לשם השגת ראייה הכשרה כשהיא לעצמה אינם פוסלים את הראייה... על כן נרשה, למשל, קבלת ראיות כגון סמים שנמצאו אצל אדם, אם כי הם נתפסו בחיפוש אשר נערך על גופו שלא כדין" (ע"פ 183/78, 191/79 הנ"ל, בעמ' 537-538). שיקולים של חינוך אנשי מרות ושל הגנה על כבוד הנאשם וחירותו אין בהם אפוא כדי להביא להתעלמות מהאמת העובדתית בפסיקת האמת המשפטית. שינוי מה חל לאחרונה בסוגיה זו לעניין דברים שנקל'טו בדרך האזנת סתר בניגוד להוראות חוק האזנת סתר (סעיף 13(א) לחוק) ולעניין חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (סעיף 32 לחוק); אך הוראות אלה הן בבחינת יוצא מן הכלל (ההדגשה שלי - מ"א) שאין בהן כדי לשנות מן הכלל, ולא כאן המקום להאריך בעניינן.

אנשי מרות, המשתמשים נגד יזשודים באמצעים שהמה פסולים על-פי דין כדי לאפשר הבאתם לדין - כגון גילוי סמים מסוכנים על-ידי נקיטת אמצעים פסולים - צריך שיבואו על עונשם לפי חומרת מעשיהם ולפי חומרת הדין. אך אין אנו רשאים להתעלם מהאמת העובדתית, היינו ממציאותו של הסם המסוכן המונח לפנינו, ולזכות את מי שהחזיק בסם ועל-ידי כך לעוות את האמת המשפטית. האמת המשפטית צריך שתצא לאור על-פי האמת העובדתית, ומן הראוי לשאוף לכך, שהאמת האחת לא תפגע בחברתה ולא תיפגע על ידיה.

3. כלל הפסלות על-פי ערכים יהודיים ודמוקרטיים

נראה לי כי לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי ומן הנכון לשנות פסיקה זו. כפי שנאמר בפרשת *ועקנין*, ב"בירים שצוטטו לעיל - "אין שיטה של עשיית צדק בפלילים, המעריכה את האמת מעל לכל שיקול אחר...", וכי "ניתן להעדיף שיקולים ערכיים אחרים על פני הערכת האמת וגילויה", ובלבד ששיקולים אלה "יהיו קבועים במפורש בחוק". לפי הוראות חוק-היסוד האמור, חיפוש שנערך בתוך גופו של אדם, או בגופו גם ללא חדירה פנימית, בצורה ובנסיבות שיש בהן משום פגיעה חמורה בכבודו ובצנעת הפרט שלו, עומד בניגוד חמור לסעיפים 2, 7(א) ו-8(ג) וסעיף 8, ויש בו בחיפוש משום פגיעה בעקרונות יסוד של שמירת כבוד האדם וצנעתו המפורטים בסעיפים האמורים של

חוק-היסוד. עוד בפרשת *קסטנבאום* אמרנו¹⁷⁷ כי "העלאת מקור תוקפן ותכליתן של זכויות יסוד אלה לכלל חוק כחוב וחוק חשיבות רבה נודעת לה בפרשנותן של זכויות יסוד אלה וביישומן להלכה ולמעשה". כאמור בסעיף המטרה של חוק-היסוד, תכלית ההוראות הקבועות בו לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ומצווים אנו על מציאת סינתזה בין ערכים שבמורשת ישראל ובין ערכים שבדמוקרטיה מערבית. כפי שעמדנו על כך בפירוט רב בפרשת *גואטה*,¹⁷⁸ יש בחיפוש כאמור משום פגיעה חמורה בכבוד האדם וצנעתו, כ"כבוד הבריות", והכלל הגדול בעולמה של יהדות הוא כי "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה", ומכל שכן שגדול כבוד הבריות שדוחה קבילותה של ראייה שהושגה בדרך פגיעה מעין זו שבכבוד האדם וצנעתו. וכן ראינו כי מצויות גם מצויות מערכות משפטיות דמוקרטיות מערביות המכירות ב"כלל הפסילה" של הראיות שנגבו שלא כדין. כאמור לעיל, בחלק ממערכות משפטיות אלה כלל הפסילה הוא מוחלט, ולעומתן לפי שיטות דמוקרטיות מערביות אחרות פסילת הראיה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, אם להורות על אי קבילותה של הראיה ובאילו נסיבות. כדי למצוא את הסינתזה הראויה בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים, עלינו לאמץ שיטות משפט אלה שבהן פסילת הראיה אינה מוחלטת, העולות בקנה אחד עם עולמה של מורשת ישראל; כפי שראינו בפרשת *גואטה*,¹⁷⁹ הכלל הוא שכבוד הבריות דוחה לא תעשה שבתורה לשעה אחת, וכן נחלקו הדעות אם ה"לא תעשה" הנדחה מפני כבוד הבריות, הוא רק משדובר ב"לא תעשה" איסור מדרבנן או גם ב"לא תעשה" איסור מן התורה - היינו פסילה שאינה מוחלטת, והוא עקרון שיקול הדעת, לפי הנסיבות המיוחדות של המקרה. בפרשת *גואטה*, לא עלתה כל עיקר שאלת קבילותה של הראיה שהושגה בדרך שהושגה, והשאלה שעמדה לדיון היתה אם יש לעצור את החשוד עד לבידור משפטו. וכן פרטי המקרה בפרשת *גואטה*, אין להשוותם לנסיבות המקרה החמורות שבפרשת *ועקנין*.¹⁸⁰ אך מצאתי לנכון להביא בפרשת *גואטה*, בצורה מפורטת, את עמדת המשפט העברי בנושא של עריכת חיפוש הפוגע בכבוד האדם וצנעת חייו, בגלל החשיבות שנועדה כיום למורשת ישראל בסוגיה זו, בגלל הוראתם המפורשת של סעיף המטרה וסעיף האיזון שבחוקי-היסוד המחייבים את בית המשפט להיזקק למורשת ישראל בשאלות ובנושאים העולים בפניו. המסקנה המתבקשת מתוך הסינתזה שבין הערכים היהודיים והדמוקרטיים ועל-פיה היא, כי ראייה שנגבתה תוך כדי פגיעה חמורה בכבוד האדם וצנעתו - גינתן לפסול את קבילותה, על-פי שיקול דעת בית המשפט בנסיבות המקרה, מכוח העיקרון הגדול, שגדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה, שקיים ומצוי במערכות משפטיות דמוקרטיות, וזאת לאור שורה של סעיפים מפורשים המצויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁸¹

177 ע"א 294/91 *חברת קדישא גחשי"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום*, פ"ד מו (2) 464, בעמ' 513; וראו מאמרנו חוקי היסוד: מאין ולכן, לעיל הערה 1, בעמ' 253-254.

178 לעיל טקסט הסמוך להערה 42.

179 לעיל טקסט הסמוך להערה 58.

180 לעיל טקסט הסמוך להערות 167, 168.

181 וראו דבריו הנכוחים של יורם שחר במאמרו, לעיל הערה 40, בעמ' 416-420, שבא למסקנה זו על-פי מה שנפסק בפרשת *גואטה*. הנימוק שעל-פיו יש, לדעתי, לאמץ את כלל הפסילה, תוך מתן שיקול דעת

ז. סיכומם של דברים: אופי ומהות "המהפכה" של חוקי-היסוד

1. דברים שעמדנו עליהם מדגימים ומכהירים את אופיים וטיבם של השינויים שחלו במערכת המשפט בישראל עם קבלת חוקי-היסוד. כבר עמדנו על כך,¹⁸² כי אין בהם בחוקי-היסוד משום "מהפכה חוקתית". עקרונות היסוד המנויים בהם קיימים היו מכוח פסיקה של בית המשפט העליון מאז קום מדינת ישראל. מבחינת מעמדם של עקרונות היסוד שבחוקי-היסוד, השינוי הגדול הוא בכך שמעטת עקרונות היסוד כתובים עלי ספר והם בעלי אופי חוקתי, על אף ששריונם חלש הוא, במיוחד לעניין רוב עקרונות היסוד המצויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלגביהם אין הוראת שריון של שישים ואחד חברי-הכנסת, ודי לשם הכנסת שינוי בהם ברוב רגיל, ובלכד שהרשות המחוקקת, הכנסת, תהא מודעת לכך שיש בחקיקתה משום שינוי בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ובוודאי אין בחוקי-היסוד כדי להעמיד את עקרונות היסוד בראש ההירארכיה של משטרנו הפרלמנטרי, ואין בהם משום מעמד "על חוקי" או "על חוקתי" וכיטויים בדומה להם; הכנסת היא העומדת בראש הפירמידה של שלוש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת, והכנסת, שהיא היא נציגה של ריבווח העם, מוסמכת לשנות מהאמור בחוקי-היסוד לפי הקבוע בהם ותוך כדי הדגשת מודעות לשינוי.

מאידך, יש בחוקי-היסוד משום שינוי מהותי, שראוי הוא לתואר "מהפכה תרבותית-ערכית", בדרך פרשנותם של הוראות חוקי-היסוד, וזאת על-פי ולאור החובה שהושתה על בית המשפט בסעיף המנחה של חוקי-היסוד לעגן בכל עיקרון מעקרונות היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ומציאת הסינתזה בין שתי מערכות ערכים אלה כפי שעמדנו על נַך במפורט בדברינו ער כה.¹⁸³

2. בסיומם של דבריי מבקש אני להצביע על דוגמה מאלפת למהפכה זו מתוך עיון בדיונים של שופטי בית המשפט העליון בעניין קבילותה של ראייה שנגבתה שלא כדין. בפסק-דיני בפרשת *ועקנין דנחי*, כדרכי, גם בעמדת המשפט העברי בנושא עקרון הפרטיות וצנעת הפרט,¹⁸⁴ שקשור הוא, מעניין לעניין באותו עניין, בנושא החיפוש על גופו של אדם ובגופו בעולמו של המשפט העברי, שבו דנחי, כאמור, בפרשת *גואטה*. עמיתי, השופט בך, משעיין בדבריי באשר לגישת המשפט העברי בנושא הפרטיות והפגיעה בצנעת הפרט, כותב בפסק דינו כי הוא רואה בעמדת המשפט העברי משום תמיכה למסקנה שהוא הגיע אליה בחוות-דעתו - שבעניין *ועקנין* ניתן לפסול את הראייה שנגבתה שלא כדין - ותמה הוא על המסקנה שאליה הגעתי אני בחוות-דעתי, שלא ניתן לפסול את הראייה שנגבתה כאמור. וכה כתב, בין היתר:

לבית המשפט, הוא תוצאה של הסינתזה המחויבת בין ערכיה היהודיים והדמוקרטיים בעיגון ההוראות המפורשות בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו בסעיפים 2 ו-4, ופירוטן בסעיף 7.
 182 ראה לאחרונה במאמרנו חוקי היסוד: מאין ולאן, לעיל הערה 1, בעמ' 254-257.
 183 יכן ראה מאמרנו, *שם*, עמ' 258 ואילך.
 184 בדין הנוסף, לעיל הערה 168, בעמ' 8:77-861.

חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

אם נאמר שם, מפי אחד מגדולי חכמי ההלכה, "שיש איסור לבקש ולחפש מסתוריו של חברי", האם הלכה זו חלה רק על מסתוריו של אדם מחוץ לגופו? ואם נקבע בהלכה, כי "לא יכנס אדם לבית חברו אלא אם כן יאמר לו: הכנס...", כפי שמדגיש חברי, האם אין הדברים חלים, בבחינת קל וחומר, על החזירה לתוך נכחי גופו של אדם, ללא הסכמתו, על-מנת לגלות את מה שמוסתר שם?¹⁸⁵

אגלה "סוד" ואומר כי אכן צדק חברי בטענתו-תמיהתו שעמדת המשפט העברי בסוגיה זו תומכת ברעתו, שבית המשפט ושאי לשקול פסילתה של הראיה שמדובר בה בפרשת *זעקנין*. דא עקא, ואותה שעה, בטרם היות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלק מהמערכת המשפטית שלנו, לא ניתן היה לאמץ את כלל הפסילה שאמנם תואם את עמדת המשפט העברי, אך עמד בניגוד לפסיקה המקובלת - שלא היתה שנויה במחלוקת - שאין לנהוג על-פי כלל הפסילה במערכת המשפט בישראל, והשאלה שעלתה בפרשת *זעקנין* לא היתה אלא אם חוק הגנת הפרטיות הכניס שינוי לעניין המקרה המיוחד שבאותה פרשה, אם כלול הוא במונח "הטרדה אחרת" שבחוק האמור. לפי הדין שחל באותה שעה ניתן היה לבסס הכרעה שיפוטית על עמדת המשפט העברי אך ורק כאשר מצויה היתה לקונא (=חלל) במערכת המשפטית הקיימת, לפי האמור בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, היינו שאין לבעיה המתעוררת תשובה בחקיקה, בפסיקה או בדרך ההיקש, שאזי תוכה לפנות לעקרונות החירות, היושר, הצדק והשלום של מורשת ישראל, או כאשר עולה בעיה מסוימת שמקום יש, לפי החוק והפסיקה הקיימים, לפותרה בדרך זו או אחרת, שאזי רשאי בית המשפט לפנות למערכת המשפט העברי לשם פתורנה של הבעיה. אך בפרשת *זעקנין*, מאחר שלדעתי חוק הגנת הפרטיות לא נתכוון ולא כלל את המקרה שנידון בפרשה זו, לא היה ניתן, אותה שעה, לפסוק על-פי המשפט העברי ולפסול ראייה שהושגה בדרך של פגיעה חמורה בכבוד הבריות, מאחר שהיתה קיימת פסיקה מפורשת ומקובלת שקובעת שאין לפסול ראייה שנגבתה שלא כדין והיא קבילה. אותה שעה, אכן פסילת הסמים כראיה היתה צפויה לפי המשפט העברי, אבל הרשות לא היתה נתונה לפסוק על-פיו לרגל הדין שיסודו בפסיקה המקובלת שקיימת היתה אותה שעה.

כיום הזה, משהיה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לחלק מהמערכת המשפטית בישראל, ועקרונות היסוד שבו חקוקות עלי ספר והמה בעלי אופי חוקתי, ומשנקבע בחוק-היסוד שמטרתו לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית - היתה מורשת ישראל למקור מחייב בפרשנות עקרונות היסוד, ועמה ערכיה של דמוקרטיה מערבית. כיום הזה, עיצוב המערכת המשפטית ופסיקת הדין המה על-פי הסינתזה שבין שתי מערכות ערכים אלה, ועל-פי סינתזה זו עלינו להכריע בבעיית קיומו של כלל הפסילה במערכת המשפט בישראל, גדרו והיקפו, בהערפת האמת המשפטית על פני האמת העובדתית.

3. במעמדה זה של מורשת ישראל יש משום מהפכה תרבותית-ערכית בדרך פרשנותם של הוראות חוקי-היסוד בפרט, ודיני המערכת המשפטית בכלל, ומאמרנו הוקדש להשלכות שיש לכך על מספר סוגיות בתחום המשפט הפלילי, ובעיקר הדיון הפלילי, בפסיקה המקובלת

185 שם, בעמ' 872.

מנחם אלון

והקיימת, בפסיקה השנויה במחלוקת, בתיקון תופעות חמורות בחיי המערכת המשפטית שמחייבות תיקון דחוף וללא דיחוי, ואף בשינוי פסיקה קיימת ומקובלת. כהנה וכהנה ניתן למצוא ולהצביע על סוגיות נוספות שבתחום המשפט הפלילי. ואף זאת ביקשתי להדגים, בכל הזכור הראוי, כיצד רצוי וכיצד ראוי לכלול ולהביע, בדרך כתיבת פסק-הדין ועיצובו, את דוראת המחוקק באשר לעיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.