

'הדור הבא' של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן

הדר דנציג-רוזנברג* ודנה פוגץ**

מבוא • חלק ראשון: הצדקות לעיגון זכויות פרוצדוראליות של נפגעי עבירה כזכויות חוקתיות א. הצדקות עקרוניות להקניית מעמד חוקתי לזכויות של נפגעי עבירה להליך הוגן 1. חובת המדינה כלפי נפגעי עבירה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי 2. הצורך להגן על זכויות נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים 3. הצדקה סימבולית-חינוכית ב. הצדקות בעלות אופי מעשי להכרה במעמד חוקתי של זכויות של נפגעי עבירה 1. עידן בו שיקול דעתה של התביעה בהליך הפלילי הינו רחב ביותר בהיעדר ביקורת שיפוטית 2. הצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעי עבירה • **חלק שני: הזכות החוקתית של נפגעי עבירה להליך הוגן** 1. הזכות החוקתית להליך הוגן 2. תכולתו של סל זכויות ההליך ההוגן עבור נפגעי עבירה • **סיכום ומבט לעתיד**

מבוא

בעשורים האחרונים עובר שינוי עצום על החשיבה המשפטית, ובתוך כך גם על הפרקטיקה, באשר למעמדם של נפגעי עבירה בהליך הפלילי כמושאים לזכויות פרסונליות עצמאיות. לאורך ההיסטוריה הארוכה של המשפט הפלילי, חלו שינויים רבים במעמדו של נפגע העבירה. כתיבה רבה עוסקת בהיסטוריה זו: ממודל פרטי של משפט פלילי, עד לפני כמאתיים שנה, במסגרתו ניהל הנפגע את ההליך, ועד התפתחות גישת המודל הציבורי המובהק, במסגרתו נכנסה המדינה לנעלי התובע מול הנאשם, והעבירה נתפסה כפוגעת באינטרס ציבורי עד כדי זניחת האינטרס הפרטי.¹ בספרות הודגש כי המדינה עברה לפעול בשמו של 'קורבן ציבורי' בלתי מזוהה, עד כדי שנוצר, למעשה, נתק מוחלט בין התביעה לבין הנפגע הספציפי. התובע ראה לנגד עיניו רק את אותם 'אינטרסים ציבוריים' בלתי מוחשיים, והנפגע שימש, לכל היותר, כעד, כאמצעי להשגת ראיות.² הפרק האחרון בהיסטוריה נפגעי העבירה נכתב בשנים האחרונות, ועניינו במתן זכויות עצמאיות מסוימות לנפגעים.³ ועדיין, במערכת

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. מייסדת ויו"ר משותף נגה – המרכז לזכויות נפגעי עבירה, מיסודה של הקריה האקדמית אונו.

ברצוננו להודות לאורי אהרונוסון, אריאל בנדור, תמר הוסטרובסקי-ברנדס, אריאל צמח, Meg, Douglas Beloof, Garvin, למשתתפי הכנס הבינלאומי "Victims of Crime in the Public and Legal Arenas: A Multi-Disciplinary Approach" שהתקיים במרס 2012 בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן ובפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו ולמשתתפי סדנת "משפט המדינה: מפלילי עד חוקתי" של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן על הערות חשובות שסייעו לנו בחידוד הטיעונים במאמר. תודה חמה לעורכת "עיוני משפט" רומי מרטין ולחברי המערכת על הערות והצעות מאירות עיניים, ולאסף דהן על סיוע מצוין במחקר.

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

² ראו Kozinsky v U.S. District Court, 435 F.3d 1011, 1013 (9th Cir. 2006), דברי השופט Kozinsky, לפיו מערכת המשפט הפלילי התנהלה לאורך זמן רב על סמך ההנחה כי הנפגע צריך להתנהג כילד ויקטוריאני טוב - נראה אך לא נשמע (התרגום שלנו - ה.ד.ר. ו.ד.פ.).

³ לכתובה המתארת התפתחות זו בארצות-הברית ראו, למשל, Mike Maguire & John Pointing (eds.), *Victims of Crime: A New Deal?* (Milton Keynes, 1988); Leslie Sebba, *Third Parties – Victims and the Criminal Justice System* (1996); Gwynn Davis, *Making Amends: Mediation and Reparation in*

האדוורסרית הנוהגת אין הנפגע הופך לצד נוסף לתביעה. במרבית המקרים הוא, לכל היותר, משתתף במקטעים רלוונטיים בהליך.⁴

ההיסטוריה כשלעצמה אינה מעניינה של מאמר זה, כי אם החשיבה המנחה את השינוי במעמד של נפגעי העבירה בהליך הפלילי. בעוד שמודל התביעה הציבורית עוגן באמצעות מספר בסיסים תיאורטיים - לרבות תיאוריית האמנה החברתית והצורך בענישה עקבית ואחידה של המפרים אותה - השינוי המתחולל בפניו של המודל הציבורי המובהק הונע בעקבות חשיבה תיאורטית מתפתחת שביקשה לקחת בחשבון שיקולים נוספים.⁵

מאמר זה יבקש להתחקות אחר חשיבה זו ולפתח את הטענות התומכות בהכרה בזכויות פרוצדוראליות לנפגעי עבירה בהליך הפלילי.⁶ כיום, רבים מן האינטרסים של נפגעי עבירה נהנים ממעמד משפטי של זכויות במדינות רבות, לרבות ישראל.⁷ לאור האמור, נבקש אנו להצעיד את הדיון צעד נוסף קדימה, ולשכנע באמצעות הנחת תשתית תיאורטית תומכת, מדוע אין להסתפק אך במתן זכויות תת-חוקתיות לנפגעי עבירה. אנו נציע הצדקות נורמטיביות-עקרוניות, כמו גם הצדקות מעשיות, להכרה בזכויות הפרוצדוראליות שיש להקנות לנפגעי עבירה בהליך הפלילי כזכויות בעלות מעמד חוקתי, על כלל ההשלכות הנלוות להכרה שכזו.

CRIMINAL JUSTICE Ch. 1 (London, 1992). אוהרה מדגימה כי כיום השתתפות נפגעים בהליכים הפליליים הפכה למציאות, ראו Erin A. O'Hara, *Victim Participation in the Criminal Process*, 13 J. L. & POL'Y 229 (2005). לאמירה כי ההליך אינו אדוורסרי טהור יותר, ראו Erin C. Blondel, *Victims' Rights in an Adversary System*, 58 DUKE L.J. 237 (2008).

⁴ הדיון במאמר זה מוגבל לשיטות משפט אנגלו-אמריקניות בהן נוהג הליך פלילי אדוורסרי. בשיטות משפט קונטיננטליות נושא ההליך מאפיינים שונים, המשליכים בין היתר על מקומם של נפגעים. כך למשל, במערכות משפט אינקוויזיטוריות, נפגע העבירה יכול להצטרף להליך כתובע נוסף במקרים מסוימים. ראו Anat Horovitz and Thomas Weigend, *Human Dignity and Victims' Rights in the German and Israeli Criminal Process*, 44 ISR. L. REV. 263, 290-291 (2011); GEORGE P. FLETCHER, WITH JUSTICE FOR SOME: VICTIMS' RIGHTS IN CRIMINAL TRIALS 193-197 (Massachusetts, 1995). וראו אבחנתו של Beloof בין נפגע ה'משתתף' בהליך לבין נפגע שהוא צד להליך מיצוי זכויותיו: Douglas Evan Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing, Remedy and Review*, 352 BYU. L. REV. 255 (2005).

⁵ ראו Sue Anna Moss Cellini, *The Proposed Victims' Rights Amendment to the Constitution of the United States: Opening the Door of the Criminal Justice System to the Victim*, 14 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 839, 844-847 (1997). על אודות הרקע לאימוצו של מודל התביעה הציבורית והערכים העומדים ביסודו ניתן ללמוד גם מהתיאוריה המשפיעה של פקר בדבר מודל מיגור הפשיעה ומודל ההליך ההוגן, כשני מודלים המשקפים ערכים מתחרים המשפיעים על מערכת המשפט הפלילי, כאשר בשניהם אין מקום לנפגע- Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1, 9 (1964-65). לתיאוריה זו נתייחס בהמשך, בהקשר לזכות להליך הוגן.

⁶ נדגיש כי לצורך דיון זה אנו מסכימות עם הגדרת 'נפגע עבירה' בסעיף 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה התשס"א-2001, ס"ח 1782, לפיה נפגע הוא "מי שנפגע במישרין מעבירה, וכן בן משפחה של מי שהעבירה גרמה למותו, למעט החשוד, הנאשם או הנידון". לכך נוסף סעיף 22 לחוק המדרג זכויות בני משפחה על פי קרבתם לנפטר. לאור הגדרה זו, אין המדובר בטווח אין סופי של נפגעים, אלא בקבוצה מתוחמת היטב. גם הפסיקה האמריקאית, אימצה את מבחן הפגיעה 'במישרין' וסירבה להכיר בנפגעים מרוחקים. ראו למשל, United States v. Hunter, 2008 U.S. Dist. LEXIS 1323 (D. Utah Jan. 8, 2008).

⁷ לעיון המרכזי של זכויות אלה ראו חוק זכויות נפגעי עבירה.

מתוך כלל התיאוריות התומכות במתן קול עצמאי לנפגעי העבירה, ניתן למפות שתי קטגוריות מרכזיות של טיעונים. האחת, מתבססת על התועלת שתפיק המדינה מהקניית זכויות לנפגעי העבירה. השנייה, מתבססת על הכרה בערכן של הזכויות כאינהרנטיות לכבוד-האדם של הנפגעים עצמם. בטיעון המתבסס על תועלת למדינה, על פניו השונות, לא נרחיב במסגרת מאמר זה.⁸ הטיעונים שנציע יישענו על תיאוריות מבוססות-נפגעים, המזהות את זכויותיהם כביטוי לכבודם, לרבות בכל הנוגע להשלכות ההליך על מצבם.⁹ גם במסגרת תיאוריות מבוססות-נפגעים, מוכרים שני טיעונים המובחנים זה מזה בהיקפם. האחד, מצומצם יותר, גורס כי יש לתת מקום לנזקו הפרטיקולארי של הנפגע.¹⁰ השני, רחב יותר, דורש להעניק זכויות שתמנענה מן הנפגעים את חווית 'הקורבנות המשנית' הנפוצה בהליכים פליליים.¹¹ אנו נטען כי יש להכיר בזכויות פרוצדוראליות הנגזרות משני הטיעונים גם יחד. זכויות אלה תיגזרנה מתחולתם של העקרונות החוקתיים על עניינם של נפגעי העבירה, שאמנם אינם צד להליך הפלילי אך מושפעים ממנו במידה רבה וישירה.

את הבסיס להכרה בזכויות חוקתיות פרוצדוראליות לנפגעי עבירה נעגן בזכויות אדם כלליות ובחוק יסוד: כבוד-האדם וחירותו.¹² אמירה שהפכה לאבן פינה במאבק להגנה על זכויות נפגעים, היא אמירתו של הנשיא שמגר: "בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודו של המתלונן, העד, הקורבן".¹³ ואולם, עיון בספרות מלמד כי חסר דיון שיטתי במשמעות כבודו זה של נפגע העבירה. אנו נציע פרשנות לתחולתו של מושג זה כמשתקף באגד זכויות הליך הוגן לנפגעי עבירה. המאמר יציג תיאוריה חדשה המשתמשת במושגים שהשתרשו זה מכבר כמושגי יסוד

⁸ לטיעונים תועלתניים, לפיהם לתועלת הפרטית עבור הנפגע מתווספות תועלות של שיתוף פעולה מצד הנפגעים עם מערכת המשפט ומתן אפשרות לתובעים ולשופטים לקבל מידע מלא יותר, ראו למשל LeRoy L. Lamborn, *Victim Participation in the Criminal Justice Process: The Proposals for a Constitutional Amendment*, 34 WAYNE L. REV. 125, 147 (1987-1988); דנה פוגץ' "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים: "קריית המשפט ד 229 (2004); רע"ב 10349/08 **מדינת ישראל נ' גנאמה**, פס" 46, 50-51 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 20.7.2009). לעניין ערכו של הנפגע כספק מידע, כפי שבא לידי ביטוי בהצהרות נפגע, במקביל להצהרה כמשרתת את הנפגע עצמו ראו Edna Erez, *Who's Afraid of the Big Bad Victim? Victim Impact Statements as Victim Empowerment and Enhancement of Justice*, CRIM. L. REV. 545 (1999).

⁹ ראו Lamborn, לעיל הי"ש 8, בעמ' 144.

¹⁰ ראו למשל Douglas Evan Beloof, *Weighing Crime Victims' Interests in Judicially Crafted Criminal Procedure*, 56 CATH. U. L. REV. 1135, 1149 (2007).

¹¹ ראו למשל Douglas Evan Beloof, *The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model*, UTAH L. REV. 289 (1999). 'קרבנות משנית' היא גניעה הנובעת מיחס בלתי נאות של המערכת כלפי הנפגע, לרבות אי מסירת מידע ואי היוועצות בו. השימוש במושג רווח במיוחד בהקשר לנפגעי עבירות מין. לסקירה של מספר מקורות מהותיים ראו MARTIN WASIK, THOMAS GIBBONS & MIKE REDMAYNE, *CRIMINAL JUSTICE: TEXT AND MATERIALS*, from p. 98 (London, 1999). להכרת בתי המשפט במושג: State v Sheline, 95 S.W.2d 42, 44 (Tenn. 1997). וכן ראו בש"פ 8706/07 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס" 10 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.11.2007).

¹² חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ד 1454.

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

בהקשרים מסוימים, וביניהם הזכות להליך הוגן, חובת המדינה וזכות הטיעון. מושגים אלה טרם זכו, באופן מקיף, לבחינה מחודשת בהקשרים נוספים, חרף השינוי העצום בתפיסות בדבר זכויות נפגעים. כך למשל, הכתיבה העוסקת בזכויות הפרט בהליך הפלילי, וביתר שאת בזכות להליך הוגן, יישמה מושגים אלה בעיקר על זכויות נאשמים. גם השיח החוקתי במשפט הפלילי התפתח בעיקר סביב ההכרה בזכויותיהם החוקתיות של חשודים ונאשמים, תוך התעלמות יחסית, בעיקר במישור הכתיבה התיאורטית, מן הרלוונטיות שיש לשיח זה על זכויות הנפגעים.¹⁴ חובות המדינה וזכות הטיעון של הפרט נדונו בעיקר במסגרת המשפט המינהלי, ולא פותחו דיין בהקשרים נוספים שבהם נלווית להן רלוונטיות רבה, כמו בענייננו. באופן מתמיה למדי, הכתיבה על אודות זכויות חוקתיות של נפגעים בהליך הפלילי, מפרספקטיבה תיאורטית ועקרונית, הינה דלה בארץ ובעולם. אף כי תכנים ניכרים מן הכתיבה והפסיקה החדשות העוסקות בזכויות נפגעי עבירה עשויים להיכלל מבחינה רעיונית תחת הזכות החוקתית של נפגעי עבירה להליך הוגן, הקישור התיאורטי בין הסוגיות טרם נעשה, וממילא נעדר פיתוחו. מאמר זה מבקש ליטול על עצמו אתגר זה, כנקודת מוצא בלבד לפיתוח הכתיבה העתידית בנושא. ההצדקות שנציע להכרה בזכותם החוקתית של נפגעי עבירה להליך הוגן תאפשרנה לפרש זכויות קיימות ותכשרנה את הקרקע לקראת הכרה בזכויות עתידיות. פנייתנו, במצב המשפטי הנתון, הינה לכלל הרשויות. עד אשר יהיה שינוי חקיקה, ככל שיהיה, קיים צורך בפרשנות משפטית של החוק הקיים ובאכיפה. כך נעשה לעניין זכויות חשודים ונאשמים ולעיתים רחוקות יותר, כבר כיום, גם לעניין נפגעים.¹⁵ מאמר זה יספק את הבסיס הנורמטיבי לפרשנות זו וירמוז גם על תכניה.

ככלל, ביסוס הטענה בדבר הכרה בזכויות חוקתיות לנפגעי עבירה מחייב דיון תלת-שלבי. בשלב הראשון והמקדמי יש לשכנע מדוע להכיר באינטרסים של נפגעי עבירה כבעלי מעמד של זכויות משפטיות.¹⁶ בהנחה כי קיימים שיקולים חזקים להכרה באינטרסים של נפגעים כזכויות, מחייב השלב השני לנמק מדוע ראויות זכויות אלה למעמד נורמטיבי של זכויות חוקתיות דווקא.¹⁷ בהינתן הצדקה

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

¹⁵ ראו התייחסות לעניין **ברנס**, שם. הדוגמא הבולטת היא של פרשנות זכותם החוקתית של נפגעים לפרטיות אגב דיון בחשיפת חומרי חקירה. ראו דנה פוגץ' "חשופה לעין כל: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" (עתיד להתפרסם בספר לכבודו של השופט בדימוס מצא, אהרון ברק ואיילה פרוקצ'יה עורכים).

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

¹⁷ להכרה במעמדה החוקתי של זכות נלוות, כידוע, השלכות הנוגעות לעליונותן של זכויות המעוגנות בחוקי היסוד על פני חקיקה "רגילה". ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** 98 (2005); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 164 (מהדורה שניה, 2010). עליונות זו באה לידי ביטוי בכמה אופנים עיקריים. ראשית, בכל מקרה של סתירה בין הוראה הכלולה בחוק יסוד לבין הוראה הכלולה בחוק "רגיל" גוברת ההוראה הקבועה בחוק-יסוד (אלא אם נקבע במפורש אחרת בחוק-היסוד). ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). בהתאם לאמור, בית-המשפט רשאי להכריז על בטלותן של הוראות שונות בחקיקה, הסותרות את האמור בחוקי-היסוד. ראו למשל בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(3) 640 (2002). שנית, דבר חקיקה הנהנה ממעמד חוקתי על-חוקי משליך על פרשנותם של דברי חקיקה תת-חוקתיים. ראו בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953). משמעות הדבר הינה כי במלאכת פרשנותם של חוקים צריך יהיה להיזקק לרציונאל ולפרשנות של זכויות חוקתיות. שלישית, ניתן לסטות מן האמור בחוקי היסוד רק בהתקיימם של

חזקה להכרה במעמדן החוקתי של זכויות נפגעים, מחייב השלב השלישי לדון בהיקפן של הזכויות ובשאלת גבולותיהן, דהיינו באילו תנאים ובאיזה היקף ניתן יהיה לפגוע בזכויות אלה באופן שיכשיר את הפגיעה בהן כחוקתית.

מאמר זה יבקש להתמקד, כאמור, בשלב השני, שעניינו לשכנע מדוע אין להסתפק במעמדן של זכויות נפגעים כזכויות תת-חוקתיות, כי אם להקנות להן מעמד נורמטיבי של זכויות חוקתיות. לאור זאת, לא נרחיב במסגרת מאמר זה בשני השלבים האחרים, שחשיבות הדיון בהם נכבדת ודורשת פיתוח נפרד. מתוך הכתיבה המועטה יחסית, אשר עסקה בהנמקות תיאורטיות להכרה בזכויות נפגעים, מרבית הכותבים התייחסו לטיעונים העוסקים בשלב המקדמי דווקא,¹⁸ ולא בשאלת מעמדן של זכויות אלה כחוקתיות. מכאן תרומתו של מאמר זה, המתמקד בפיתוח הדיון בשלב השני, שבו השיח עודנו דל ומותיר חלל גדול למילוי.

בחלקו הראשון של המאמר נבקש להציג שלוש הצדקות עקרוניות ושתי הצדקות בעלות אופי מעשי לעיגוןן של זכויות נפגעי עבירה (קיימות ונטענות) כזכויות חוקתיות דווקא. שלוש ההצדקות העקרוניות הן חובת המדינה כלפי נפגעי עבירה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי; הצורך להגן על זכויות נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים; והחשיבות הסימבולית הגלומה בהעברת מסרים באמצעות זכויות חוקתיות. שתי הצדקות נוספות, בעלות אופי מעשי, הן שיקול דעתה הרחב של התביעה בהליך הפלילי, בהיעדר ביקורת שיפוטית;¹⁹ והצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעים, במציאות בה סובלות זכויות אלה מתת-אכיפה. **בחלקו השני** של המאמר נבקש להסביר מדוע נכון וראוי לאגד את הזכויות החוקתיות הפרוצדוראליות המגיעות לנפגעים תחת הזכות החוקתית להליך הוגן. בחלק זה של המאמר גם נקשר את האמור לתיאוריות של צדק פרוצדוראלי ולתורת המשפט הטיפולי.²⁰ בסיכום תנוסחנה בהכללה מסקנות המאמר, ויוצגו האתגרים הבאים לַפְתִּיבָה העתידית בנושא זכויותיהם החוקתיות של נפגעי העבירה.

תנאים מיוחדים הקבועים בפסקת ההגבלה, המגבילים את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. ההגבלות עשויות להתייחס לאופן קבלת חקיקה כאמור או לתוכנה של החקיקה. ראו רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 99-100.

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

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

²⁰ ראו Edna Erez, Michael Kildhling & Jo-Anne Wemmers, *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice: an Introduction*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ix (Edna Erez, Michael Kildhling & Jo-Anne Wemmers eds., Mary M. Giannini, *Redeeming an Empty Promise: Procedural Justice, The Victims' Rights Act, And the Victim's Right to be Reasonably Protected from the Accused*, 78 TENN. L. REV. 47, 85-103 (2010).

חלק ראשון: הצדקות לעיגון זכויות פרוצדוראליות של נפגעי עבירה כזכויות חוקתיות

חלק זה ידון בשאלת המעמד הנורמטיבי שראוי להקנות לזכויותיהם הפרוצדוראליות של נפגעי עבירה בהליך הפלילי. מוקד הדיון בפרק זה יפסח על הנמקות תיאורטיות המצדיקות עיגונם של האינטרסים כזכויות. חלף זאת, נבקש להתמקד בביסוסן של הצדקות נורמטיביות להכרה בזכויות הפרוצדוראליות שיש להקנות לנפגעי עבירה בהליך הפלילי כזכויות בעלות מעמד חוקתי על-חוקי. עם זאת, כדי להניח תשתית לדיוננו בשאלת הצורך להכיר בזכויות נפגעים כחוקתיות דווקא, נתייחס בקצרה לשאלה המקדמית בדבר הצורך להכיר באינטרסים של נפגעי עבירה כזכויות בהליך הפלילי.

מהו אפוא עניינו של הנפגע הפרטני בהליך הפלילי, המתנהל באמצעות גורמי המדינה אשר להם מונופול על הפעלתו? המדינה אמנם נטלה לידיה את ניהול ההליך והדירה באופן מלאכותי את הנפגע מניהולו, אך לנפגע הפרטני נותרו אינטרסים חזקים ולגיטימיים העשויים לבוא לידי ביטוי במהלכו. מלבד הנאשם, הנפגע הוא הפרט היחיד בציבור, אשר לו עניין אישי ישיר בתוצאות ההליך הפלילי, לא מתוך סקרנות גרידא ואף לא ממניעי שאיפה ל'צדק כללי'.²¹ הנפגע הוא מי שלא זכה להגנת המדינה מפני הפגיעה הפלילית ונושא את השלכותיה על חייו, על גופו, על נפשו. בהיותו מושא הפגיעה הפלילית, מצופה הנפגע לשתף פעולה עם הרשויות על מנת שההליך יתנהל ביעילות ובאופן שיקדם את גילוי האמת. מכוח הזיקה האישית של הנפגע לסיפור הפשע, ניתן לאתר לאורכו של הליך הפלילי צמתים רבים בהם יהיו לו אינטרסים ברורים להבעת עמדה והשתתפות, הנובעים לעיתים מצורך פיזי, דוגמת הגנה, או מצורך נפשי. ראשית, לנפגע עשוי להיות אינטרס לראות שהאדם שפגע בו מובא לדין, נמצא אשם ונשפט על עונשו. כך, אם המדינה מחליטה לסגור את התיק יהיה לנפגע אינטרס חזק לבדוק מדוע, לערער ולקבל את החומר לצורך תביעה אזרחית (באשר לו עצמו אסור לחקור). שנית, לנפגע עשוי להיות אינטרס להבטיח את שלומו האישי, בין אם בשלב שחרור חשוד ממעצר או בשלב גזר הדין או לאחריו. הוא עשוי לרצות להיות מעורב בתיק 'שלו' ולהבטיח שהסיפור המלא יסופר.²² שלישית, לנפגע עשוי להיות אינטרס להגן על פרטיותו ועל שמו הטוב, העלולים להיפגע במהלך ההליך הפלילי. רביעית, לנפגע עשוי להיות אינטרס בקבלת פיצוי מאת הנאשם, בהיותו מי שספג את הפגיעה הישירה הגוררת אחריה נזקים.²³ חמישית, נפגע שלא היה עד למעשה, דוגמת הורה של נרצח, עשוי לרצות ללמוד כמה שיותר על שאירע, באמצעות מעקב אחר ההליך.²⁴ לבסוף, לנפגע עשוי להיות אינטרס לספק תמיכה במהלך העדות של חבר או בן-משפחה שגם הוא קורבן.

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

²² Beloof מגדיר את אינטרס הנפגע כי האמת תיחשף וכי כתב האישום שיוגש ישקף אותה, ראו Beloof, *The Third Model of Criminal Process*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 295.

²³ כך למשל באמצעות יידוע השופט בשלב גזר הדין בדבר השלכות הפשע. ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8, עמ' 144. החל משנות השמונים, מדינות שונות בארה"ב קבעו בחקיקה את חובת השופט לפסוק פיצויים לנפגע, אלא מטעמים שירשמו. לדוגמה Mich. Comp. Laws Ann. § 780.766(3) (West Supp.1987). האפשרות לפסוק פיצויים הוצגה גם בחוק

הפדרלי: Witness Protection Act of 1982, 18 U.S.C. § 3579(a)(1) (1982).

²⁴ ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8, עמ' 146.

רבים מן האינטרסים המוזכרים לעיל כבר מוכרים כיום כזכויות תת-חוקתיות, כביטוי להכרה בערך המוסרי הנלווה להם, המקים הצדקה חזקה להקנות להם מימד משפטי-נורמטיבי.²⁵ נפגע עבירה, בהיותו בעל עניין ישיר שהושפע מביצוע העבירה, הוא בעל צרכים לגיטימיים הנובעים מביצוע העבירה. גם אם בעבר צרכים אלה לא היו קיימים או מוכרים, כיום הם מתחדדים ביתר שאת בשל שינויים והתפתחויות שחלו בעידן האחרון בפניו של המשפט הפלילי. עם ריבוי ניהול ההליכים מחוץ לכתלי בית-המשפט, באמצעות מוסד הסדרי הטיעון שהפך לכלל;²⁶ עם עומס תיקים שמכוון את המערכת למציאת פתרונות לסגירת תיקים מהירה;²⁷ ועם ההכרה בדבר אי-זהות האינטרסים של המדינה ושל נפגע העבירה - גברו האינטרסים של נפגע העבירה וחיידו את ההצדקה להכיר בהם כזכויות.²⁸

יתרה מזאת, בישראל, חלק מן הזכויות הללו מעוגנות כיום הלכה למעשה כזכויות חוקתיות הזכות להגנה מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הגנה זו פורסת תחולתה עליהן, בין בדרך המשקפת הרחבה של הזכות לכבוד ובין בדרך הפריזמה הצרה יותר של זכויות המנויות במפורש,²⁹ כגון הזכות לפרטיות או ההגנה על שלמות הגוף והחיים. ואולם, קיימים עדיין הבדלים פרקטיים ואידיאולוגיים בלתי מבוטלים בין 'מעורבות' מצומצמת של נפגע העבירה בהליך, כפי שמוכרת כיום בשיטות המשפט בהן נוהג מודל התביעה הציבורית, לבין השתתפות עצמאית, משמעותית, בצמתי דרכים קריטיים, כפי שנבקש להציע בהמשך. מאמרנו יתמקד במעמדן הנורמטיבי של זכויות פרוצדוראליות אשר ראוי להקנות לנפגעי עבירה לאורך ההליך הפלילי,³⁰ כזכויות הצומחות מחובתן של רשויות המדינה, אשר להן מונופול על ניהול ההליך. ההכרה במודל התביעה הציבורית כמסגרת שבתוכה מתנהל ההליך הפלילי,³¹ מחזקת, כפי שנסביר, את תוקפה של התיאוריה התומכת במתן זכויות חוקתיות דווקא לנפגעים.

²⁵ ראו דברי ההסבר להצעת חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א – 2001, ה"ח 2978, 506. יודגש כי ההכרה בזכויות נפגעים אינה מסתכמת בקיומו של חוק זכויות נפגעי עבירה, אלא קיימת גם במסגרת נוספות.

²⁶ ראו אורן גזל-אייל "הסדרי טיעון ובעיית החף" **משפטים** לה 1, 7, ה"ש 6 (2005); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נגד מ"י" **מגמות ביני ראיית ובסדר הדין הפלילי**, 289, 318 (2009).

²⁷ ראו רותם קדוש "הערת חקיקה: סגירה מותנית של תיקים פליליים והסדרי טיעון-בחינת הזיקה לאור הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית) התשס"ט – 2008" **חוקים בקצרה** 1, 4 (2011).

²⁸ ראו הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוג'י "כשאהבה כואבת": על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל האלימות להקל בענישת הפוגע" **מחקרי משפט** כו(2) 589, 591-590 (2010). לפסיקה המכירה בהיעדר זהות אינטרסים בין המדינה לנפגע העבירה ראו תפ"ח (מחוזי תל-אביב-יפו) 1039/05 **מדינת ישראל נ' א' י'**, תק-מח 2005 (4) 4497, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת רוטלוי.

²⁹ ראו תמר הוסטובסקי-ברנדס "כבוד האדם במשפט הישראלי" (טרם פורסם, טיוטה שמורה אצל המחברות).

³⁰ לאור האמור, זכויות מהותיות או אחרות, כדוגמת סיוע כלכלי ושיקום, ייוותרו מחוץ לדיון הנוכחי.

³¹ החריג של קובלנה פלילית פרטית הינו נדיר ולפיכך לא נתייחס אליו. להפעלת כוח מונופוליסטית זו ראו יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" **משפטים** לח 489, 499 (2009); William J. Stuntz, *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, 7 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 23 (1996); Max Weber, *Politics as Vocation* (1919), in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 77, 78 (H.H. Gerth & C. Wright Mills eds., 2001).

א. הצדקות עקרוניות להקניית מעמד חוקתי לזכויות של נפגעי עבירה להליך הוגן

לנוכח ההשלכות הנלוות לעיגון של זכויות כבעלות מעמד חוקתי נדרשות הצדקות חזקות לעיגון של זכויות נפגעי עבירה (קיימות ונטענות) כזכויות חוקתיות דווקא. להלן נציע שלוש הצדקות עקרוניות להקניית מעמד חוקתי לזכויות של נפגעי עבירה להליך הוגן. האחת, מבוססת על חובת המדינה כלפי נפגעי עבירה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי; השנייה, מבוססת על שיקול דעתה הרחב של התביעה בהליך הפלילי, בהיעדר ביקורת שיפוטית; השלישית, מבוססת על הצורך להגן על זכויות נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים. נדון עתה בשלוש ההצדקות לפי סדרן.

1. חובת המדינה כלפי נפגעי עבירה הנובעת מן הפגיעה האפשרית בכבודם במסגרת ההליך הפלילי

עד כה התמקדה הכתיבה בהקשר של פגיעה בזכויות הפרט בהליך הפלילי בחובת המדינה כלפי נאשמים, כאשר ההכרה בזכויות חוקתיות של נאשמים נולדה מתוך התיאוריה הליברלית, על רקע כוחה של המדינה לפגוע בחירויות ובזכויות יסוד של הפרט.³² כתיבה בדבר חובתה של המדינה כלפי נפגעי עבירה מנקודת מבט תיאורטית הנשענת על פגיעה בזכויות יסוד הינה דלה יחסית. הצדקה מרכזית ראשונה לעיגון חוקתי של זכויות נפגעי עבירה נובעת מהפגיעה האינהרנטית של ההליך הפלילי בזכות הנפגעים לכבוד. בישראל, כמו במדינות רבות אחרות, לזכות לכבוד נתון מעמד חוקתי. פגיעה בזכות חוקתית מולידה זכויות הנהנות ממעמד נורמטיבי הזהה למעמדה של הזכות הנפגעת. לאור האמור, מפגיעת ההליך הפלילי בזכותם החוקתית של נפגעים לכבוד, כפי שיוסבר להלן, מתחייבת הגנה של המדינה, השולטת בהליך, על כבוד הנפגעים. הגנה זו ראוי שתוענק באמצעות החלתה של הזכות להליך הוגן, הזוכה למעמד חוקתי.

בהקשר זה יש להבחין בין שני טיעונים. על פי הטיעון הראשון, עצם הפגיעה הפלילית מעידה על כישלון של המדינה להבטיח הגנה לאזרחיה, בלקחה על עצמה את תפקיד השיטור. תפיסה מתפתחת זו רואה בקורבן אדם שהמדינה לא הצליחה למלא את חובתה כלפיו, להגן עליו מפני פגיעה ולשמור על בטחונו האישי.³³ על פי הטיעון השני, משנטלה המדינה מונופול על ניהול ההליך הפלילי ובחרה למנוע מאזרחיה פנייה לאפיקים אחרים – לרבות סעד עצמי, הגנה עצמית וככלל, ניהול הליכים

³² לתיאור פערי הכוחות בהליך הפלילי ראו רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 31, 499. על כוחה המונופוליסטי של המדינה בהפעלת כוח לגיטימית ראו Stuntz, לעיל ה"ש 31.

³³ ראו פוג'י 'מהפכת הקורבנות', לעיל ה"ש 8. כאשר מגיעה הפגיעה לבית המשפט במסגרת ההליך הפלילי, ברור כי זו אינה אלא "הגנה שבדיעבד לאחר שהפגיעה הקשה נעשתה ואין חזרה ממנה". ראו ת"פ (חי"י) 253/01 מדינת ישראל נ' עדואן, תק-מח 5526 (3)2002. במקרה זה הכיר בית המשפט בזכותה של אישה להיות מוגנת מפני אונס. משנפגעה, קבע בית המשפט, כי יש לקחת בחשבון את ההשלכות על הקורבן בגזר הדין.

פליליים עצמאיים – הרי שמונופול זה מחייב אותה אל מול הנפגעים, שאת מחיר הפגיעה בכבודם היא שגובה בהליך, משום הדרתם ממעורבות בהליכי קבלת החלטות הנוגעות במישורין להם.³⁴

נציג עתה את שני הטיעונים לפי סדרם. אף כי ההצדקה נושא פרק-משנה זה מתמקדת בטיעון השני, שעניינו חובת המדינה להעניק זכויות פרוצדורליות לנפגעים בהליך הפלילי (בלא הכרח בקיומה של חובת הגנה אפריורית למנוע פגיעה בהם מביצוע עבירה), הרי שהבנתו מחייבת גם דיון בטיעון הראשון.

הטיעון הראשון מבוסס על כך שעיצובו של המשפט הפלילי כולו, לרבות מקומם של הנפגעים בו, תלוי במידה רבה בתפיסות באשר ליחסים בין המדינה לפרט ובאשר לתפקידה של המדינה. כך, למשל, תפיסה הנשענת על רעיון קיומה של 'אמנה חברתית' – משמעותה כי תפקיד המדינה, בין היתר, הוא להגן על האזרחים אשר ויתרו על זכותם להגנה עצמית ולסעדים עצמיים, ולהעניש את המפרים.³⁵ ואולם, האם תפיסה בדבר 'אמנה חברתית' משמעותה כי הפרט ויתר על כל זכויותיו תמורת הגנתה של המדינה?³⁶ האם תפיסה זו משמעותה כי לנפגע קיימת זכות חוקתית להגנה מצד המדינה, זכות המופרת מרגע שבוצעה בו עבירה פלילית?³⁷ מבחינה היסטורית, אבולוציית המשפט הפלילי כוונה לשכנע את האזרחים שלא לקחת את החוק לידיהם, בתחילה בדרך של החלפת נקמת דם בתביעה פרטית ולאחר מכן בהחלפת התביעה הפרטית בציבורית.³⁸ המדינה לקחה על עצמה את תפקיד החוקר, התובע, השופט ומבצע גזר-הדין, תוך דחיקת הנפגע לתפקיד מוסר מידע ועד בלבד, עם התפשטות תפיסתו של Beccaria בסוף המאה ה-18 ובמהלך המאה ה-19, לפיה רק המדינה היא שנפגעת מהפשע, משום גרימתו של נזק לערך חברתי מופשט.³⁹ על כן, תפקידה של מערכת המשפט הפלילי אינו לעזור לנפגע להיפרע מהפוגע כי אם לקדם את אינטרס החברה. גישה זו זכתה לעדנה

³⁴ ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות של אנשים שבחרו לנסות ולפגוע בפוגעים בהם ונתנו על כך את הדין, תוך הדגשת ייחודיות המדינה כתובעת, כגוזרת הדין וכמבצעת אותו. ראו למשל ע"פ 3169/05 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 14.07.2005; 3914/08 **מ"י נ' עאסלה**, דינים עליון 2008(68) 840.

³⁵ לתיאוריות שונות המתארות את רעיון האמנה החברתית ראו Liliya Abramchayev, *A Social Contract Argument for the State's Duty to Protect from Private Violence*, 18 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT 849, 853, 863 (2004). לדיון בקונספט זה כמרכזי בממשל האמריקאי מראשיתו ראו Giannini, לעיל ה"ש 20, בעמ' 52, וכן Abramchayev, שם, עמ' 853. גם בחוקה האמריקאית קיימת התייחסות לרעיון האמנותי: "...That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed" THE DECLARATION OF INDEPENDENCE, Para. 2 (U.S. 1776).

³⁶ לקשר בין תפיסות אמנתיות באשר למשפט פלילי ולזכויות אדם לבין הגותם של ג'ון לוק, תומס הובס וז'אן ז'אק רוסו ראו Wilfried Bottke, *Rule of Law or due process as a common feature of criminal process western democratic societies*, 51 U. PITT. L. REV. 419, 426-427 (1990).

³⁷ לחשיבות האמנה החברתית בהתוויית חובות הרשות במשפט המנהלי ראו בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, פס' 23 לפסק-דינו של השופט זמיר (1998).

³⁸ William F. McDonald, *Towards a Bicentennial Revolution in Criminal Justice: The Return of the Victim*, 13 AM. CRIM. L. REV. 649, 664 (1975-1976). לדוגמה לראיית דין עצמית כגורם לחומרה, ולא כגורם לקולת העונש, מקום בו הנאשמים תקפו אדם שלטענתם גנב מהם ראו פרשת **עאסלה**, לעיל ה"ש 34, פס' יג' לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

³⁹ ראו McDonald, לעיל ה"ש 38, בעמ' 654-656.

בתקופה בה הודגשו הראציונליות והתועלתנות.⁴⁰ במקביל, התפתחה הגישה בדבר חובות המדינה בהליך הפלילי כלפי הנאשם, כנובעות מכוחה הרב אל מול הסכנה לחירותו.⁴¹

הכרה בזכויות נפגעים, וביתר שאת בזכויותיהם החוקתיות, כרוכה אפוא בהכרה בפגיעה האישית בקורבן כגורם בעל חשיבות, ובהגדרה חדשה של היחסים בינו לבין המדינה. המדינה, כבעלת המונופול על ההליך הפלילי, אינה נותנת לנפגע להשתמש בכוחו על מנת להיפרע מהפוגע בו או על מנת למנוע פגיעה נוספת בעצמו. הנפגע מנוע כיום מלפעול במישור הפלילי. גם אם דיני נזיקין היו מתאימים, למשל, הרי שהנפגע אינו רשאי לחקור שעה שמתנהל הליך פלילי, שכן הדבר מתפרש כשיבוש הליכים או כהטרדת עדים.⁴² מכאן חובתה של המדינה כלפיו. McDonald מוסיף על כך קריאה שונה של תפקיד התובע, החורג אך מהעמדה לדין של מפרי החוק. תפקיד התובע הוא גם לשרת את ה'צדק' ולסייע במניעת פנייה לנקמה פרטית. מכאן נגזרת מחויבותו לנפגע.⁴³ Dubber הרחיק לכת אף יותר וטען כי מאחר ותפקידה המרכזי של המדינה הדמוקרטית הוא להגן על אוטונומיית הפרטים, ולא על אינטרסים של המדינה, על המשפט הפלילי, בתכנון ולא רק בפרוצדורה שלו, לתמוך בזכויות הפרט, הן עבור הנאשם הן עבור הנפגע.⁴⁴

שאלה חשובה בהקשר זה היא האם חובות המדינה, לא רק להגנה מלכתחילה מפני ביצוע עבירה אלא אף למתן זכויות פרוצדורליות כלפי מי שנפגעו מעבירה נובעות מעצם זכותם של הנפגעים שלא להיפגע מלכתחילה מביצועה של עבירה פלילית. Aynes הדגיש את זכותו של האזרח שלא להיפגע מביצוע עבירה כמקימה חובה קורלטיבית על המדינה לפעול לצמצומו של סיכון כאמור. Aynes קישר את הקריאה למתן זכויות חוקתיות לנפגעים להפרת החוזה החברתי, במסגרתו מחויבת המדינה לדאוג לשלומם של אזרחיה.⁴⁵

⁴⁰ לתיאור היסטורי ראו McDonald, לעיל ה"ש 38, בעמ' 654-656. גם Beccaria ראה את החברה האנושית כמושתתת על אמנה שמטרתה להגן על זכויות הפרט ובו זמנית להבטיח שמירת הסדר והביטחון של חבריה. לטענתו, הפשע מפר סדר זה ומחייב את המדינה לטפל בכך. גישתו נסמכת על החתירה למקסום תועלות. שם, בעמ' 655.

⁴¹ כמובן שבסיס לגישה זו ניתן למצוא עוד בשנת 1215, במגנה כרטה. ראו Frederick Mark Gedicks, *An Originalist Defense of Substantive Due Process: Magna Carta, Higher-Law Constitutionalism, and the Fifth Amendment*, 58 EMORY L. J. 585, 596 (2009).

⁴² ראו אמירתו הברורה של בית המשפט העליון כי כאשר החל הליך פלילי, הוא מחריג סעדים אחרים, דוגמת סעד הצהרתי אזרחי; ע"א 610/02 מפעל הפיס נגד לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נז(5) 97, פסי 24-27 לפסק-דינו של השופט אנגלרד (2003).

⁴³ ראו McDonald, לעיל ה"ש 38, בעמ' 664.

⁴⁴ MARKUS DIRK DUBBER, VICTIMS IN THE WAR ON CRIME: THE USE AND ABUSE OF VICTIMS' RIGHTS, ראו Ch. 4 (NYU Press, 2002). לדבריו, 'האויב' החדש הוא המדינה, אל מול הנפגע והנאשם כאחד. לשיטתו, יש לצמצם המשפט הפלילי לעבירות חמורות נגד אנשים בלבד, כאלה הגורמות נזק ולהן הנפגע אינו מסכים; אין לחוקק 'עבירות חסרות קורבן'; ויש לחייב פיצוי של המדינה כלפי נפגעים. שם, פרקים 5 ו-6. בהערות אגב, Dubber מתנגד למרבית זכויות הנפגעים ולתיקון חוקתי ספציפי.

⁴⁵ ראו Richard L. Aynes, *Constitutional Considerations: Government Responsibility and the Right Not to Be a Victim*, 11 PEPP. L. REV. 63, 69-73 (1984). לטענה כי המדינה חבה הגנה על אזרחיה כנגזרת מקיומה של אמנה חברתית ראו גם: Abramchayev, לעיל ה"ש 35, בעמ' 859, 869.

את הטענה בדבר חובת המדינה להגן מפני פגיעה הנובעת מביצוע עבירה ניתן לעגן, בישראל, בהוראת סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".⁴⁶ סעיף זה מרחיב את ההגנה הקיימת לזכויות אלה בסעיף 2 שלפיו "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".⁴⁷ בהנחה כי ניתן לפרש את הזכות הקבועה בסעיף 4 כזכות חיובית, דהיינו, זכות המקימה הן חובה על המדינה לנקוט אמצעים שיאפשרו לפרט להגשימה, הן חובה למנוע מפרטים אחרים לפגוע בה - הרי שמסעיף זה ניתן לגזור את חובת המדינה להגן על אזרחיה, גם מפני פגיעות של פרטים אחרים בחייהם, בגופם ובכבודם.⁴⁸ ביצוע מעשה עבירה עשוי להעיד במקרים מסוימים על כישלונה של המדינה למלא חובת הגנה זו. אלה הם מקרים שבהם האמצעים שהמדינה נקטה למניעת הפגיעה לא היו במידה הנדרשת. במקרים אלה, ניתן לטעון, כי כשלונה של המדינה להגן מפני ביצוע עבירה ראוי שיוליד זכויות חוקתיות לנפגעים בהליך הפלילי. לפי גישה זו מקורן של זכויות הנפגעים הוא אפוא בעצם הפגיעה הפלילית, בהיותה הפרה של חובת הגנה חוקתית החלה על המדינה.

כנגד גישה זו, יש השוללים חובת הגנה כאמור.⁴⁹ גזל-אייל ורייכמן תקפו גישה זו בטענה כי היא סותרת הן תפיסות מוסריות, הן תפיסות משפטיות-פוזיטיביסטיות, הן תפיסות מוסדיות.⁵⁰ לגישתם, כשהמדינה מאפשרת לפרטים לפגוע בזכויות של פרט אחר, היא לא תיחשב למי שפוגעת בזכותו החוקתית של הפרט הנפגע. פרופסור ברק דחה את הטענה כי על המדינה חלה חובה להגן על חירות האזרח מפני פגיעה בידי צד ג' המבצע עבירה, על בסיס פרשנות הזכות לחירות כזכות שלילית, להבדילה מזכות חיובית.⁵¹

⁴⁶ סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

⁴⁷ סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

⁴⁸ מקורה של גישת הזכויות החיוביות בתפיסה לפיה הזכויות החוקתיות כזכויות שליליות מספקות הגנה צרה מדי. על רקע הכרה זו החלה להתגבש ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות או בזכויות חוקתיות לפעולה (status positivus). תוכן של אלה הוא חובתו של השלטון לפעול להגנה על הפרט. הזכויות החוקתיות החיוביות מבוססות על התפיסה כי "השלטון... מחוייב לשרת את הציבור - להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח", כדבריו של השופט זמיר בבג"ץ **קונטרס**, לעיל ה"ש 37. גישה זו מצאה תימוכין בדברי השופט שמגר בפרשת **גנימאת**, לעיל ה"ש 13. לגישתו, כל אדם נהנה מזכות חוקתית שכנגדה חובה של המדינה, שלא להיות חשוף לפגיעה בחייו, בגופו או בקניינו. במסגרת זאת, לכל אדם זכות חוקתית כי המדינה תגן עליו מפני פגיעה כאמור הנובעת מביצוע עבירה. משמעות גישה זו היא כי לכל אדם זכות חוקתית לתבוע מן המדינה לפעול לצמצומו של סיכון כאמור, והמדינה תוכל לפגוע בזכות זו רק אם תראה כי הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

⁴⁹ בית המשפט העליון האמריקאי קבע כי אין על המדינה חובה להגן על האזרח או למנוע פגיעות בידי מי שפגע בעבר. לפסיקה כאמור ראו Susan Bandes, *Victim Standing*, 1999 UTAH L. REV. 331, הטקסט מול הערות שוליים 5 ו-6. הגישה הפרשנית המקובלת בארצות הברית גורסת כי החוקה אינה מכירה בקיומן של זכויות חיוביות אלא בזכויות שליליות בלבד. ראו אהרון ברק **מידתיות במשפט-הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 380, 515 (2010). וכן Jackson v. City of Joliet, 465 U.S. 1049 (1982).

⁵⁰ ראו גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, 116-136.

⁵¹ בדומה לגישת המשפט האמריקאי, ראו לעיל ה"ש 49. להבחנה בדבר זכויות שליליות אל מול חיוביות, ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 513-516. הגישה הקלאסית לזכויות החוקתיות גורסת כי תפקידן הוא להגן על הפרט מפני פגיעה מפעולות השלטון. מכאן כינוי "זכויות שליליות" (status negativus). ראו Dieter Grimm, *The*

כך או כך, אנו טוענות, כי גם אם מאמצים גישה מצמצמת ומניחים כי אין חובה על המדינה, ברמה החוקתית, להגן על האזרח מפני פגיעה בידי צד ג' שמבצע עבירה, אין פירוש הדבר כי המדינה נעדרת חובה למנוע פגיעה נוספת בקורבן, לאחר שהאחרון כבר נפגע מביצוע עבירה בידי אחר. טיעון אחרון זה מבקש לאבחן בין שאלת קיומה של חובת אכיפה, החלה על המדינה, להגן על האזרח מפני פגיעה בידי צד ג' המבצע עבירה;⁵² לבין שאלת ההכרה בזכויות חוקתיות של מי שכבר נפגעו מביצוע עבירה - זכויות המולידות חובות קורלטיביות על המדינה - משום סכנת הקורבנות המשנית והפגיעה בנפגע בידי הרשויות עצמן לאורך ההליך הפלילי. מן השאלה הראשונה נגזרות שאלות-משנה נוספות. כך, למשל, נשאלת השאלה האם חלה על המדינה חובה לחוקק עבירות פליליות;⁵³ אילו פגיעות תחייבנה את המדינה לחוקק עבירה פלילית על מנת לאפשר לנפגע לממש את זכותו להליך הוגן; ומתי תהיה המדינה אחראית בנזיקין משנגרמה פגיעה לקורבן כתוצאה מביצוע עבירה פלילית.⁵⁴ את השאלה הראשונה, על שאלות-המשנה הנובעות ממנה, נבקש אפוא להותיר בצריך עיון.

הטיעון השני – שביסוד ההצדקה נושא פרק-משנה זה – עניינו בחובת המדינה מרגע שנפגע האדם בידי אחר והפך ל"נפגע עבירה" קונקרטי, לעניין זכויותיו הפרוצדוראליות בהליך הפלילי. במקרים אלה הנזק עלול להיגרם על ידי רשויות המדינה עצמן או על ידי צד ג', אשר פגיעתו עשויה להיות צפויה. כאשר נסגר תיק שבמוקדו אישום בגין ביצוע עבירה בנפגע או כאשר מגיעה המדינה להסדר טיעון במסגרתו נמחקת הפרשיה הקשורה בו מכתב האישום המתוקן, הפגיעה בנפגע הינה ישירה ואישית, אף אם היא כשלעצמה אינה פגיעה בזכות חוקתית. כך גם כאשר מתבקשת בבית המשפט חשיפת חומרים פרטיים אישיים של הנפגע או כאשר משתחרר הפוגע בו ממאסר והוא חרד מכך. זיקת מסוימות זו של הנפגע לתוכנו של ההליך הפלילי והקשר האישי של הנפגע אל מול הרשויות הן

Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 137 (Georg Nolte ed., 2005);

ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 289 (Julian Rivers trans., 2002)

⁵² לדיון בחובת ההגנה הפוזיטיבית ראו *Giannini*, לעיל ה"ש 20, 54-55. *Giannini* סוקרת פסיקה אמריקאית הקובעת כי הגנת הממשל מפני מעשי עוולה של צדדים שלישיים אינה נופלת בגדר זכויות האדם הזוכות להגנה חוקתית. ההליך ההוגן לא הוכר כרלוונטי משום שפורש כמגביל כוחה של המדינה לפעול, ולא כמטיל חובת פעולה להבטיח כי ערכים אלה לא יפגעו בידי צד ג'.

⁵³ לדיון בשאלת החובה לחוקק עבירות ראו למשל דן ביי "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" **מחקרי משפט** יב 251, 255 (1995); אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי- פרשנות חוקתית 365 (1994).

⁵⁴ מעניין כי עיקר יישום הדיון בשאלת חובת המדינה מצוי במישור הנזיקי האזרחי דווקא. להחלטה אשר קבעה חובת הגנה במשפט האירופאי, ראו *E.C.H.R.* 85 (1998) *A. v. UK*, 25599/94 ולעומתה, ראו החלטת בית המשפט העליון האמריקאי אשר סירבה לקבוע חובה כזו לעניין מחדל של רשויות הרווחה: *Deshaney v. Winnebago County Dep't of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989). בתי משפט אזרחיים שללו לא פעם את אחריות המדינה בגין תביעות נזיקיות הנובעות מביצוע עבירות פליליות. ראו *Bandes*, לעיל ה"ש 49; *Milli Kanani Hansen, Testing Justice: Prospects for Constitutional Claims By Victims Whose Rape Kits Remain Untested*, 42.3 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 943-992 (2011). כיון שדיון זה חורג מהיקפו של המאמר הנוכחי, נציין בקצרה כי ניתן לצאת נגד עמדה זו בטענה, כי גם אם אין עומדת לאזרח זכות חוקתית א-פריוורית להגנה, הרי שעומדת לו, לכל הפחות, זכות ברמה התת-חוקתית שהמדינה תגן עליו מפני עבירות אפטריות, שתחשוף את מבצעה, שתעמידם לדין ושתענישם כראוי. חובה זו של המדינה משתקפת מסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, דמ"י 17 ומסעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, ס"ח 1043 המסמך את התביעה הכללית להיות הגוף בעל סמכות ההעמדה לדין.

שמטילות על המדינה חובה מיוחדת כלפיו.⁵⁵ על בסיס הטענה בדבר חובתה של המדינה כלפי נפגע העבירה בשלב לאחר הפיכתו ל"נפגע עבירה" נבקש לשכנע בצורך להכיר בזכותו החוקתית להליך הוגן, המגלמת אגד זכויות פרוצדוראליות המבטיחות שמירה על כבודו, על חירותו ועל פרטיותו בהליך הפלילי. בטיבה של זכות זו נדון בהרחבה בחלקו השני של המאמר.

סכנת הקורבנות המשנית והפגיעה בנפגע בידי הרשויות עצמן כמצדיקות מתן זכויות (לרבות זכויות חוקתיות) לנפגע העבירה, לרבות השתתפות בהליך הפלילי, נדונו בכתביה, אף כי ללא דיון רחב בבסיס החוקתי להצדקה זו. Beloof ביקש להדגיש בכתיבתו את הפגיעה המשנית.⁵⁶ לדבריו, יש מי שסבורים כי הנזק שנגרם לנפגע עלול להיות כה משמעותי עד שהדרתו מההליכים בידי המדינה מהווה הפרת החוזה החברתי בין המדינה לבינו כאזרח.⁵⁷ עצם קיומה של הפגיעה המשנית בידי מערכת המשפט עצמה אינו מוטל כיום בספק. עוצמתה של הפגיעה מגובה במחקרים המצביעים על ההשלכות הדסטרוקטיביות הנלוות לעתים להשתתפות בהליך, מעבר לנזק המשמעותי אשר גורם הפשע עצמו.⁵⁸ מחקרים מתחום הויקטימולוגיה מלמדים, כי פגיעה זו - הקורבנות המשנית - נובעת מיחס בלתי נאות של רשויות האכיפה כלפי הנפגע, לרבות אי מסירת מידע ואי היוועצות בו.⁵⁹ אי שיתופו של הנפגע בהחלטות אשר נוגעות לו ומשפיעות על חייו הינו שימוש בנפגע כאמצעי בלבד. הפסיקה בישראל אימצה את המבחן הקנטיאני במסגרת הפרשנות שהעניקה להיקף הזכות לכבוד. על פי מבחן זה, "הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד... ביסוד כבוד

⁵⁵ גם בדיני הנויקין הוכרה החובה המיוחדת אל מול אזרח מסוים, כחריג לדוקטרינה השוללת, ככלל, אחריות על השירות הציבורי. ראו Giannini לעיל ה"ש 20, בעמ' 60.

⁵⁶ ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352.

⁵⁷ שם. וכן Mike Mansfield, *Justice for the Victims of Crime*, 9 HOUS. L. REV. 75, 77 (1971).

⁵⁸ Dean G. Kilpatrick and Randy K. Otto, *Constitutionally Guaranteed Participation in Criminal Proceedings for Victims: Potential Effects on Psychological Functioning*, 34 WAYNE L. REV. 7 (1987-1988). המחברים מזכירים מחקרים המראים כי נפגעים בוחרים שלא לדווח על פשע עקב ציפייה ליחס בלתי הולם מצד הרשויות. לעדותה של ליאת, נפגעת תקיפה מינית, על אודות יחס שיפוטי, מזלזל ובלתי מכבד לו זכתה מבית-המשפט במסגרת הליך פלילי שבו העידה כמתלוננת, ראו ליאת "הצדק" בתוך: **חוק וצדק – נפגעות ונפגעי תקיפה מינית ומערכת אכיפת החוק**, הדו"ח השנתי של איגוד מרכזי הסיוע לנפגעי ולנפגעות תקיפה מינית בישראל 36-37 (2006). על מתווה הפגיעה הישירה בנפגע, העלולה להתלוות להחלטה שיפוטית, למדו לא אחת בתי המשפט אף מתוך חוות דעת מקצועיות. ראו בג"ץ 6067/11 הפצ"ר נ' הועדה הצבאית לעיון בעונש, דינים עליון 12)2012(1346, לענין חשיבות שמיעת נפגעת, לפני שחרור מוקדם של הפוגע בה מהכלא, מחשש לפגיעה בשיקומה.

⁵⁹ ספרות ענפה מתעדת את חווית הקורבנות המשנית של נפגעים בהליך הפלילי. ראו למשל MARTIN WASIK, THOMAS WASIK, *CRIMINAL JUSTICE – TEXT AND MATERIALS* 98 (London, 1999); GIBBONS & MIKE REDMAYNE, *CRIMINAL JUSTICE – TEXT AND MATERIALS* 98; כתיבה בנושא נפוצה במיוחד בהקשר לנפגעות תקיפה מינית המתארות את חווית הקורבנות החוזרת כ"אונס שני". ראו למשל מכתבה של נפגעת תקיפה מינית לבית-המשפט, כמצוטט בבג"ץ 5961/07 פלונית נ' פרקליט המדינה (פורסם בנבו, 23.09.2007), לאחר שחשה כי לא שיתפו אותה כראוי בהליכים לקראת חתימה על הסדר טיעון עם הפוגע. לדיון רחב בביטויי הקורבנות המשנית של נפגעות תקיפה מינית בהליך הפלילי, לרבות השלכתה על נכוונתן של נפגעות לפנות לרשויות האכיפה, ולדיון בצורך לפתח אסטרטגיות שתפוכנה את ההליך למאפשר ונוח יותר עבורן, ראו Hadar Dancig-Rosenberg, *Sexual Assault Victims - Empowerment or Re-victimization? The Need for a Therapeutic Jurisprudence Model*, in TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY 150 (Ronel N., Jaishankar K., and Bensimon M. eds., Cambridge Scholars Publishing, 2009); Morrison Torrey, *When Will We Be Believed? Rape, Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions*, 24 U. C. DAVIS. L. REV 1013 (1990-1991). להכרה מצד בתי המשפט במושג הקורבנות המשנית: ראו עניין State v Sheline, לעיל ה"ש 11, בעמ' 44. ובישראל, בשי"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פוצטרנקו, דינים עליון 59)2007(1434, פס' 10 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".⁶⁰ לאור האמור, הפגיעה בכבודו של הנפגע משום ההתייחסות אליו כאל אמצעי בלבד שעה שמדירים אותו מתהליכי קבלת ההחלטות בעניינו, מוליזה חובה של המדינה להעניק לו זכויות השתתפות פרוצדורליות ברמה החוקתית, בהיותן ה"סעד" לריפוי פגיעה זו.

זאת ועוד, מעבר לקידום השגתן של מטרות 'ציבוריות' - התועלת להליך עצמו והגברת מיגור הפשיעה, השתתפות נפגע העבירה בהליכים עשויה אף לסייע לשיקומו.⁶¹ השאלה אם שיקול זה ראוי להוות בסיס להעלאת זכות לדרגה חוקתית מחייבת פיתוח נפרד ואין בכוונתנו להכריע בה כאן. כל שנבקש הוא להעלות שיקול זה כחומר למחשבה. מעורבות מוגברת בהליך הפלילי עשויה לסייע לנפגע ולקרובים לו, כמו גם למערכת עצמה.⁶² טענה תיאורטית זו מגובה במחקרים אמפיריים. לעניין הסדרי טיעון, לדוגמא, נמצא כי כאשר נפגעי העבירה נכחו במהלך המשא ומתן לקראת ההסדר, 86% מהם הסכימו עם ההסדר העונשי.⁶³ הסבר לממצאים אלה מספקת תורת המשפט הטיפולי, המזהה את המשפט כסוכן בעל פוטנציאל תרפויטי עבור קהלו.⁶⁴ גישה זו מעריכה הליכים משפטיים לפי ערכם התרפויטי, הניטראלי או האנטי-תרפויטי.⁶⁵ ערך זה יכול שיהיה עבור הקהילה, הנפגע או העבריין עצמו.⁶⁶ מוטיב מרכזי בגישת תורת המשפט הטיפולי הוא הצורך בשמיעת עמדת הנפגע,

⁶⁰ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל ואח' נ' הכנסת ואח', תק-על 2006(2) 1559, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

⁶¹ ראו Kilpatrick and Otto, לעיל ה"ש 58. לממצאים דומים בעקבות מחקר אמפירי בקרב משפחות נרצחים ראו Angelynne Amick-McMullan, Dean G. Kilpatrick, Lois J. Susan and Smith Veronen, *Family Survivors of Homicide Victims: Theoretical Perspectives and an Exploratory Study*, 2 JOURNAL OF TRAUMATIC STRESS (1989) 21, 21-35. לתיאור עדויות של נפגעי עבירות מין המלמדות על הפוטנציאל השיקומי הטמון בהליך פלילי, שעה שהוא מתנהל בדרך מכבדת עבור הנפגעים, ראו מחקרו של אורי ינאי "חידוש במשפט הפלילי: הגשת 'תסקיר נפגע עבירת מין' על-ידי שירות המבחן למבוגרים" **מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום – לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות** 235 (מ' חובב, ל' סבה ומ' אמיר עורכים, 2003). ולדיון בפוטנציאל התרפויטי הטמון בהליך הפלילי ככלי מרפא עבור נפגעות תקיפה מינית ראו Dancig-Rosenberg, לעיל ה"ש 59, בעמ' 152-155.

⁶² Kilpatrick and Otto, לעיל ה"ש 58, בעמ' 26; Dancig-Rosenberg, לעיל ה"ש 59, בעמ' 152, 168-169. חוקרים אלה טוענים כי השלכה חיובית עקיפה תהיה באמצעות הרחבת ידיעותיהם של שופטים על אודות השלכות ביצוע מעשי פשע על נפגעי עבירה, לרבות מאפייני הטראומה הנלווית לסוגים שונים של פגיעות. שמיעת הקורבן והשתתפות משמעותית שלו בהליך תתרום לידע השופט ולהבנתו את מורכבות הסוגיות בהן הוא דן, תסייע בהליך השיפוטי ובחשיפת האמת ותתרום לתחושת הנפגע.

⁶³ ראו Karen Gorbach Rebrovich, *Factors Affecting the Plea-Bargaining Process in Erie County: Some Tentative Findings*, 26 BUFF. L. REV. 693 (1976-1977). זאת ועוד, לעניין ההתנגדות הטכנית בדבר שיהוי, מחקר מוקדם שנערך טרם התפרסות חוקי זכויות הנפגעים מצא, כי תיקים נסגרו מהר יותר דווקא מקום בו נפגעים היו מעורבים בהליך מיוחד להסדר קדם משפט. ראו Wayne A. Krestetter & Anne M. Heinz, *Pretrial Settlement Conference: Evaluation of a Reform in Plea Bargaining*, 13 LAW & SOC'Y REV. 349, 365 (1979).

⁶⁴ ראו DAVID B. WEXLER & BRUCE J. WINICK, *LAW IN A THERAPEUTIC KEY: DEVELOPMENTS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE* (Durham, 1996). וכן: דיוויד ב' וקסלר, "תורת המשפט הטיפולי: סקירה", **מחקרי משפט** (כו) 367 (2010).

⁶⁵ ראו Erez, Kildhling & Wemmers, לעיל ה"ש 20.

⁶⁶ WEXLER & WINICK, לעיל ה"ש 64; וקסלר, לעיל ה"ש 64.

כפעולה מאששת, מעצימה ומשיבה תחושת כוח ושליטה.⁶⁷ גם גישת הצדק הפרוצדוראלי מדגישה את ההשפעות שיש לשיח מכבד, המאפשר השתתפות ומשקף ניטרליות, על תחושת שביעות הרצון שיש לצדדים בהליך המשפטי.⁶⁸ אם נקשר זאת לבסיס אשר הנחנו, נאמר כי מכוח האמנה החברתית, מכוח הזכות לכבוד ומכוח המונופול אשר לקחה על עצמה המדינה על ההליכים הפליליים קמה חובתה החוקתית כלפי האזרחים נפגעי העבירות למנוע פגיעה משנית בהם, ואולי אף לקדם את שיקומם.

לסיכום, על בסיס טענה זו, גם אם מאמצים את הגישה המצמצמת ומניחים כי אין חובה על המדינה להגן על זכויות האזרח מפני פגיעה בידי צד ג', ברי כי על המדינה חלה חובה למנוע פגיעה משנית שלה בקורבן, לאחר שהאחרון כבר נפגע בידי צד ג' במסגרת ביצוע העבירה. חובתה למנוע פגיעה בנפגע המסוים במסגרת ההליך הפלילי נובעת, בראש ובראשונה מן העובדה כי בהליך הפלילי מתקבלות החלטות הנוגעות במישרין לנפגעים, ואי שיתופם בהליכי קבלת החלטות פוגע בכבודם משום שמהווה שימוש בהם כאמצעי בלבד. מניעת פגיעה משנית בקורבן פירושה אי-פגיעה בכבודו, אי פגיעה בשלמו וביטחונו ואי פגיעה בפרטיותו במסגרת ההליך הפלילי, בכפוף להוראותיה של פסקת ההגבלה. אלה יבואו לידי ביטוי גם על דרך מתן זכויות חיוביות, כגון הזכות למידע, זכות הטיעון וזכות השימוע.

2. הצורך להגן על זכויות נפגעים קבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים

ההצדקה השנייה לנחיצותו של עיגון חוקתי לזכויותיו הפרוצדוראליות של נפגע העבירה היא בהיותם של הנפגעים קבוצת מיעוט. תיאוריה אינסטרומנטלית מריטוקרטית⁶⁹ העשויה להיות רלוונטית להצדקת ההכרה בהקניית מעמד חוקתי לזכויותיהם הפרוצדוראליות של נפגעי עבירה היא התיאוריה

Bruce J. Winick, *A Therapeutic Jurisprudence Analysis of Sex Offender Registration and Community Notification Laws*, in PROTECTING SOCIETY FROM SEXUALLY DANGEROUS OFFENDERS: LAW, JUSTICE, AND 169-169 בעמ' (Bruce J. Winick and John Q. LaFond eds., 2003) Dancig-Rosenberg ; THERAPY 213, לעיל ה"ש 59, לעמ' 169-165. למחקר אמפירי המלמד על הפוטנציאל המעצים הגלום בשמיעת הנפגע, מתוך הפגיעה שחוו נפגעים אשר למדו באיחור על הסדרי טיעון בהם לא שותפו ראו Edna Erez, Peter R. Ibarra & Daniel M. Downs, *Victim welfare and participation reforms in the United States: a therapeutic jurisprudence perspective*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 15 (Edna Erez, Michael Kildhling & Jo-Anne Wemmers eds., 2011).

Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, 62 J. SOC. ISSUES 307 (2006). קריאות התמיכה באימוץ הליכי צדק מאחה הנשמעות בעולם בשני העשורים האחרונים נובעות, בין היתר, מן הניסיון האמפירי שהצטבר בקרב נפגעי עבירה (כמו גם בקרב נאשמים), המלמד על אכזבה מן ההליך הפלילי הנחוה כאנטי-מעצים ומכישלונו לספק מזור לצרכיהם של הקהלים המעורבים בו.

⁶⁹ ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239, 249-248 (2010). הראל מבחין בין תיאוריות אינסטרומנטליות מריטוקרטיות לבין תיאוריות אינסטרומנטליות שאינן מריטוקרטיות. תיאוריות המשתייכות לקבוצה הראשונה מניחות כי בית-המשפט צפוי לממש ערכים חוקתיים באופן מוצלח במיוחד, משום יכולתם העדיפה של שופטים להחליט החלטות בתחומים מסוימים כמו זכויות אדם. תיאוריות המשתייכות לקבוצה השנייה, אינן מניחות כי שופטים מחליטים החלטות טובות יותר ככלל, אך נשענות על התוצאות החיוביות הנלוות לביקורת שיפוטית (כמו למשל, הבטחת טיוב איכותו של הדיון הציבורי או השתקת מחלוקות כדי למנוע חוסר יציבות פוליטית).

שפיתח John Hart Ely.⁷⁰ תיאוריה זו משקפת תפיסה מצמצמת ושמרנית באשר להיקף הביקורת השיפוטית⁷¹ והיא מבוססת על הצורך לשמור על זכויותיהן של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג או כוח בהליכים פוליטיים. אליבא דאילי, תכליתה של החוקה היא להגן על הדמוקרטיה ועל זכות ההשתתפות הדמוקרטית.⁷² תכלית הביקורת השיפוטית היא לוודא כי בתהליכי קבלת החלטות נלקחים בחשבון האינטרסים של כל אחת מן הקבוצות המרכיבות את החברה, לפי חלקן היחסי, כפי שנדרש בדמוקרטיה מהותית. קבוצות מעוטות כוח פוליטי מצויות בסיכון לסבול מייצוג-חסר, מאפליה או מדעות קדומות בהליכי ההשתתפות הדמוקרטית, ולפיכך עלולות לספוג חלק גדול מחלקן היחסי בהקצאת הסיכונים החברתיים או שלא לזכות לחלקן היחסי בטובין החברתיים. הקושי להשתלב בקואליציה ולהיות שותפים בתהליכי קבלת החלטות, משום מעמדן כקבוצות בלתי מאורגנות או בלתי מיוצגות מבחינה פוליטית, הוא שמצדיק ביקורת שיפוטית. על בית-המשפט לדרוש הצדקה חזקה מן המדינה במקרים שבהם נדמה כי רשויותיה הקצו סיכויים או סיכונים באופן מפלה או מרע כלפי קבוצת מיעוט המבקשת לממש את זכויותיה, וזאת, על מנת לוודא כי הקצאה זו אינה נובעת מכשלים או מהטיות בהליכי ההשתתפות.

מעניין שבכתיבה, הוקדש דיון נרחב לבחינת מצבם היחסי של נאשמים בהליך הפלילי.⁷³ נטען כי קבוצת הנאשמים סובלת לא אחת מדעות קדומות ומיכולת מוגבלת לזכות בייצוג הולם בכנסת ביחס ליכולתן של קבוצות אחרות בחברה.⁷⁴ אל קבוצת הנפגעים התייחסו כאל אותן "קבוצות אחרות" הנהנות מייצוג הולם בכנסת, משום התפיסה כי אינטרס הכלל, המיוצג על-ידי התביעה הכללית והפרקליטות המשתתפות בהליכי החקיקה בכנסת, משקף את האינטרסים של קבוצות הנפגעים

⁷⁰ JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 73-101 (1980)

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

⁷² שם, בעמ' 74, הטקסט מול ה"ש.

⁷³ ראו למשל יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה בהצעת החוקה" **משפט וממשל** י 571 (2007).

⁷⁴ שם.

השונות.⁷⁵ במשך שנים אינטרס נפגעי העבירה נתפס ככזה הנבלע באינטרס הציבורי.⁷⁶ ואולם בפועל, במקרים רבים עמדת הפרקליטות אינה מייצגת את האינטרס של נפגעי העבירה.⁷⁷ אינטרס נפגעי העבירה הינו רק שיקול אחד מיני שיקולים רבים ונוספים המנחים את מדיניות התביעה הכללית. דווקא על רקע ניגוד האינטרסים הקיים לעתים בין עמדת הנפגע לבין עמדת הפרקליטות, נפגעי עבירה סובלים באופן מסורתי ושיטתי מתת-ייצוג בהליכי ההשתתפות הפוליטיים.⁷⁸

קבוצות חברתיות בעלות כוח פוליטי בלתי מבוטל משתתפות בהליכי החקיקה, אך המרכזיות ביניהן אינן מקדמות אינטרסים של נפגעי עבירה. כך, למשל, לשכת עורכי-הדין דואגת להשמיע את קולה בהליכי החקיקה, אך משקפת, ככלל, עמדות פרו-סנגוריאליות.⁷⁹ בדומה לה, האגודה לזכויות האזרח המהווה הארגון המרכזי העוסק בזכויות אדם לא פעלה כלל לקידום זכויותיהם של נפגעי עבירה. זהו תחום בולט, כמעט יחיד, שבו אין לפעילות האגודה דריסת רגל באשר לקידום זכויות אדם.⁸⁰ עמדותיה משקפות, ככלל, תמיכה בקידום זכויות נאשמים. יתרה מזאת, קיימת א-סימטריה ברורה בכל הנוגע לייצוג נאשמים בהליכי השתתפות פוליטיים בהשוואה לייצוג נפגעי עבירה בהליכים אלו, משום קיומה של הסנגוריה הציבורית, המשתתפת באופן עקבי בהליכי חקיקה ונהנית ממעמד של רשות מדינתית הזוכה למימון מוסדי מלא. בישראל, מרבית נפגעי עבירה אינם זוכים לייצוג או

⁷⁵ שם, וראו גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 133, הטקסט מול ה"ש 95, שאמנם סבורים כי לא כל קבוצות הנפגעים נהנות מכוח המאפשר להן לגבור על נאשמים מבחינת הייצוג בהליכים הפוליטיים אך מסכימים, כי ככלל, אינטרס הכלל מבטא את האינטרסים של כל קבוצות הנפגעים השונות. לטיעון החולק על ההנחה לפיה אינטרס הציבור, המיוצג בידי התביעה, משקף את האינטרסים של נפגעי העבירה, ראו להלן תת-פרק ב.1., העוסק בנחיצות עיגון חוקתי לנוכח שיקול הדעת הרחב של התביעה.

⁷⁶ התפיסה לפיה אינטרס הנפגע נבלע באינטרס הציבורי המיוצג על-ידי התביעה השתקפה למשל, באופן מסורתי, בשלב הענישה. בעבר לא ניתן היה למצוא כמעט התייחסות של בית-המשפט לאינטרס הפרטי של נפגע העבירה בתור שיקול נפרד מן האינטרס הציבורי הכללי בשלב הענישה, מעבר להנחות כלליות בדבר אופיו של נזק הנגרם בשל פגיעה מסוימת, דוגמת פגיעה מינית. אינטרס הנפגע נבלע במה שכונה על-ידי בית-המשפט "חומרת העבירה", ולעתים רחוקות הובאו ראיות בנוגע לנזק הספציפי. ראו דנציג-רוזנברג ופוגץ', לעיל ה"ש 28, בעמ' 612. גם בספרות הוצגו נפגעי עבירה, לא אחת, בהכללה, כסוכני נקמה המבקשים להשית על הנאשם עונש חמור, לצד הפרקליטות המבקשת להחמיר בענישה בשם האינטרס הציבורי. ראו למשל את הצגתם החד-ממדית של נפגעי עבירה כמי שנוהים לענישה חמורה ודרקונית בכתביה של Heidi M. Hurd, *Punishment and Crime: Expressing Doubts about Expressivism*, U. CHI. LEGAL F. 405, 408 (2005).

⁷⁷ ניגודי אינטרסים כאמור מתגלעים למשל, באופן טיפוסי, בהקשר לסוגיות הסדרי הטיעון, עיכוב ההליכים ויישום הוראות חוק המגבלות על עברייני מין. במקרים אלה התביעה נוקטת, לא אחת, בעמדה הנתפסת מקלה בעיניהם של נפגעי העבירה. מקרים הפוכים בהם עשויה נפגעת העבירה לנקוט בעמדה מקלה ביחס לתביעה מתגלעים לעתים בשלב הענישה, כאשר נפגעת העבירה מבקשת להקל בעונשו של בן משפחה קרוב שביצע בה עבירות מין בילדות או של בן-זוגה האלים.

⁷⁸ נדמה כי דווקא מאבקים ספציפיים, אותם הובילו קבוצות נפגעים מזוהות, דוגמת נפגעי עבירות מין, מעידים על הכלל, וניכרת אי הנוכחות של קבוצות נפגעים שלמות להן אינטרס חשוב בקידום זכויות, דוגמת נפגעי עבירות מרמה. לכך מתווסף ביסוס מחקרי המצביע על כך שנפגעים מאוכלוסיות מוחלשות נפגעים בידי מערכת המשפט באופן שיטתי. ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352.

⁷⁹ ראו למשל, עמדתה של לשכת עורכי-הדין בבג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע**, דינים עליון 2006(57)1286. הלשכה, שהיתה בין המשיבות לעתירה לביטול הלכת קינזי לצד הסנגוריה הציבורית, מתחה בתקשורת ביקורת חריפה על החלטת בג"ץ לבטל את הלכת קינזי, בטענה כי ההחלטה פוגעת בזכויות נאשמים להליך הוגן ומצטרפת בכך לשורה של פגיעות המצמצמות זכויות נאשמים להילחם על חפותם בבתי המשפט בישראל. ראו כתבתו של ניר חסון "בג"ץ ביטל הלכת קינזי - ומנע שחרור חשודים ברצח" (2006) www.haaretz.co.il/misc/1.1143131.

⁸⁰ מביור שערךנו עולה, כי נכון למועד כתיבת מאמר זה (18.03.2013), האגודה לזכויות האזרח מעולם לא הגישה בקשת הצטרפות כידיד בית המשפט בתיקים בהם עלו לדיון זכויותיהם של נפגעי עבירה ומתוך מטרה לפעול לקידומן. ראו בהמשך, במסגרת דיונו בדבר הליך הוגן, אזכור התפתחות ההכרה בזכויות נפגעים זכויות אדם.

לתמיכה מוסדית מדינתית.⁸¹ גם לעניין המשפט המהותי וגם לעניין פרוצדורה, כל עוד אין לנפגעים ייצוג ממשי בכנסת, הרי שהמערכת הפוליטית עלולה להיות מוטה נגד מתן זכויות לנפגעים ובאופן שאינו לוקח אותם בחשבון בתיקוני חקיקה קיימת. זאת ועוד, בישראל, בעוד שהסנגוריה הציבורית, כגוף המייצג רבים מן הנאשמים יכולה לקבץ מידע לגבי הנעשה בתיקיה, הרי שפיזורם של הנפגעים גורם, ביתר שאת, להחלשת כוחם ולחוסר יכולת להתבונן על התמונה בכללותה. ישנם ארגונים וולונטריים העוסקים כיום בקידום זכויות נפגעים, אך ארגונים אלה משתייכים לרוב למגזר השלישי והם נעדרים גיבוי מוסדי מדינתי. היעדר תמיכה תקציבית מספקת והיעדר מעמד פורמאלי של רשות מוסדית מעלים חשש בשאלת יכולתם להשתתף באופן אפקטיבי ומשמעותי בהליכי ההקצאה.⁸² Eikenberry טוען כי עיגון חוקתי של זכויות נפגעים נדרש על מנת להבטיח קיומן של זכויות אלה באקלים פוליטי נתון לשינויים.⁸³ עיגון חוקתי נועד למנוע מרוב אופורטוניסטי להקצות את המשאבים החברתיים או את הסיכונים באופן שמפלה או שפוגע בקבוצות מיעוט נעדרות ייצוג מסודר או פורמאלי. הנה כי כן, גם לפי התיאוריה המצמצמת של Ely, המציאות הפוליטית המתוארת מחזקת את הצורך בפיקוח על הכנסת, על מנת לוודא כי תוצרי הליכי ההקצאה הפוליטיים אינם מוטים לרעת נפגעי העבירה משום חוסר הייצוג היחסי ממנו הם סובלים.

בספרות הובעה הדעה כי החסרונות הנלווים לעיגון של זכויות כבעלות מעמד חוקתי גוברים על היתרונות הנלווים לעיגון של זכויות כחוקתיות.⁸⁴ וולדרון, מהתיאורטיקנים המתנגדים לשדרוג זכויות לרמה החוקתית, שוטח טיעונים עקרוניים המבקשים לשכנע מדוע אין זה ראוי, ככלל, להקנות לזכויות מעמד חוקתי.⁸⁵ טיעון אחד נשען על הקושי המעשי ביצירת סעיף חדש בחוקה או בעיגונה של זכות, בדרך פרשנית, בסעיף הקיים בחוקה.⁸⁶ במקרה של הכרה בזכויות פרוצדוראליות של נפגעי

⁸¹ בארצות הברית, לעומת זאת, קיימת במשרד המשפטים מחלקה האחראית לייצוג נפגעים: OFFICE FOR VICTIMS OF CRIME. במשרד המשפטים בישראל לא קיים גוף מקביל, אף כי לאחרונה, קיימות יחידות סיוע בפרקליטויות המחוז ובפרקליטות המדינה האחראיות על יישום חוק זכויות נפגעי עבירה ועל עמידה בקשר מול נפגעי העבירה.

⁸² חשיבות פעילותם של ארגונים וולונטריים העוסקים בקידום זכויות נפגעי עבירה משתקפת, ביתר שאת, במציאות שבה רבים מן החוקים המעגנים זכויות נפגעים הם פרי יוזמה של ארגונים אלה. אין ספק כי השתתפותם של ארגונים הפעילים לקידום זכויות נפגעים נשאה פירות חשובים בתחום החקיקה המעלה על נס זכויות נפגעים, אך הדבר מבלטי ביתר שאת את הצורך בייצוג שכזה, שלולא היה קיים באופן וולונטרי (קרי, לו היה נתון לחסדי יוזמתם של שחקנים מוסדיים המשתתפים בהליכי ההשתתפות הפוליטיים) - ספק אם זכויות שונות המעוגנות כיום בחקיקה אכן היו מעוגנות בה. כדוגמא, נזכיר את תהליך חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, שביוזמתו ובניסוחו היו מעורבים מספר ארגונים שחברו כ"קואליציית הארגונים לקידום זכויותיהם של נפגעי עבירה בישראל". דוגמא נוספת היא הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון- הצגת תסקיר לנפגע בעבירת אלימות), התשס"ו-2006 שנמסרה על-ידי מרכז נה - המרכז לזכויות נפגעי פשיעה מיסודה של הקריה האקדמית אונו לח"כ זהבה גלאון והתקבלה כחוק ביולי 2007. הצעת חוק זו אפשרה לבתי המשפט להורות על הצגת תסקירי נפגע לא רק בעבירות מין אלא גם בעבירות אלימות חמורה. דוגמא אחרת לחיקוקים שביקשו להרחיב את ההכרה בזכותם של נפגעי עבירה ושיזומו ונוסחו בידי ארגון חברתי הם התיקונים לסייג ההתיישנות בעבירות מין שבוצעו בקטין, הקבוע בסעיף 354 לחוק העונשין. תיקונים אלה יוזמו ונוסחו על-ידי איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקופת התיישנות מיום ביצוע העבירה, במקרים בהם היא בוצעה כשנפגע היה קטין, מעקרת במרבית המקרים את יכולתו הריאלית של הנפגע להגיש תלונה במשטרה נגד תוקפו.

⁸³ ראו Kenneth O. Eikenberry, *Victims of Crime/Victims of Justice*, 34 WAYNE L. REV. 29, 33-36 (1987).

⁸⁴ ראו למשל: Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 71.

⁸⁵ שם.

⁸⁶ שם, בעמ' 25.

עבירה כזכויות חוקתיות נדמה שקושי זה אינו מתעורר. כפי שנציע בחלקו השני של המאמר, אגד הזכויות הפרוצדוראליות הראויות להוות מושא הזכות החוקתית להליך הוגן עבור נפגעי עבירה קשור בטבורו לזכות לכבוד, המעוגנת, זה מכבר, בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.⁸⁷ טיעון שני נשען על החשש שמא זכות שתחסה תחת אחד מסעיפי החוקה הקיימים תהא כבולה לניסוח המילולי של אותו סעיף, והדבר עלול להוות מלכוד לשוני באשר להיקף ולפרשנות הראויים של הזכות עצמה. וולדרון מדגים את החשש באמצעות התיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית המגן על חופש הדיבור. ניסוחו מאפשר לביטויים כמו פורנוגרפיה או שריפת הדגל לחסות תחת הזכות החוקתית, על אף שספק אם הכוונה המקורית היתה לתת הגנה חוקתית לביטויים שכאלה.⁸⁸ יישום טיעון זה על עניינו מפרך את החשש המתואר. נוקשות מילולית בניסוח הזכות החוקתית לכבוד כזכות הכוללת אגד של זכויות פרוצדוראליות לנפגעי עבירה אינה יוצרת מלכוד לשוני בנוגע להיקף הזכות, באופן העלול לפרוש הגנת יתר על פעולות שהמדינה עשויה להסתייג מתחולתו של החוק עליהן, משום שהזכות לכבוד מנוסחת באופן גמיש המאפשר לצקת לתוכה פרשנות ראויה על פי ההקשר. דווקא בשיטת המשפט הישראלית, המבוססת על שני שלבים של הבחינה החוקתית - להבדילה ממבנה השיטה החוקתית האמריקנית - עצם הקביעה בדבר קיומה הלכאורי של הזכות להליך הוגן עבור נפגעי עבירה אינו מבטיח כי לא ניתן יהיה לפגוע בזכות.⁸⁹ אדרבא, אם הפגיעה תעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד כבוד-האדם וחירותו – פגיעה זו תוכשר ותהא חוקתית. טיעון שלישי מזהיר מפני חוסר היכולת לשנות את הזכות לאחר שזו מעוגנת בחוקה.⁹⁰ עיגון חוקתי כובל את ידיו של המחוקק העתידי ושל ציבור בוחריו, בדורות הבאים, להשפיע על קביעת הערכים שראוי לתת להם הגנה ועשויים להשתנות בחלוף העתים. נוקשותה של החוקה וחוסר היכולת להתאים את עצמה לרוחות הנושבות, לאור כבילת ידיו של המחוקק העתידי, מעצימים את כוחו של בית-המשפט, בהיותו המוסד שזוכה בסמכות לפרש את החוקה ובכך לעדכנה. לדעת וולדרון, מצב דברים זה פוגע באופן חמור בדמוקרטיה האזרחית, אשר במסגרתה האזרחים, באמצעות בא כוחם - המחוקק הנבחר – אמורים להיות שותפים מלאים להליכי ההשתתפות הפוליטיים.⁹¹ לדידו, עיגון זכויות בחוקה משקף יחס של חוסר אמון באזרחים. הצורך לכבול את ידיו של המחוקק העתידי על מנת להגן על הזכות, וזאת באמצעות עיגון חוקתי, משקף

⁸⁷ ראו להלן הדיון בחלקו השני של המאמר.

⁸⁸ Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 26.

⁸⁹ בארצות הברית אין, ככלל, הבחנה חדה בין היקף הזכות לבין גבולות ההגנה עליה. במסגרת הקטגוריה של הזכות, כפי שהיא מוגדרת בלשון החוקה, נפתרות כל השאלות הקשורות בה. ראו, לדוגמה, Frederic Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 292 (1981). מודל זה אינו מתיישב עם חוקי-היסוד הישראליים, שעל-פיהם הסוגיה הראשונה (פירוש של הזכות ושל מהות פגיעה בה) טעונה דיון משמעותי נפרד מהסוגיה השנייה (מהות התנאים שבהם פגיעה בזכות היא מותרת). אלה, כאמור, מאפשרים לפגוע בזכות בתנאים מסוימים הקבועים בפיסקת ההגבלה, ובתוספת תכלית ראויה ומידתיות. ממילא, תנאים אלה – הנוגעים לפגיעה בזכות – אינם רלבנטיים לעצם ההגדרה של הזכות. כך, השאלה אם קיימת תכלית ראויה לפגיעה בערך המוגן על-ידי הזכות, ואם פגיעה נתונה בערך זה היא במידה שאינה עולה על הנדרש, לא נוגעת, לפי המבנה של חוקי-היסוד, לשאלת ההגדרה של הזכות. גם פעולות שקיימת תכלית ראויה להגבלתן ושהגבלתן היא מידתית, לרבות בהיבט של מידתיות הנוגע לאיזון בין הזכות לתכלית הגבלתה, עשויות, לפי המודל המקובל בישראל, להיכנס לגדר זכות חוקתית. להשוואה בין המודל הישראלי לאמריקני ראו אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עבירות פליליות וזכויות חוקתיות" (צפוי להתפרסם במשפט וממשל, 2014).

⁹⁰ Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 27.

⁹¹ שם, החל מעמ' 36.

הטלת ספק ביכולתו של האדם להיות סוכן פוליטי הנהנה מאוטונומיה.⁹² התשובה לטיעון זה מצויה, לתפיסתנו, בהנמקה שמספקת התיאוריה של Ely. בני האדם הם בהחלט יצורים אוטונומיים, אך הם מונעים מאינטרסים שונים. בהליכי החקיקה אינטרסים אלה מקבלים ביטוי ביחס ישר לכוח הפוליטי שממנו נהנות קבוצות בעלי האינטרסים השונות. עיגון חוקתי נועד כאמור למנוע מרוב אופורטוניסטי להקצות את המשאבים החברתיים או את הסיכונים באופן הפוגע בקבוצות מיעוט. בכך אין כדי לשקף חוסר אמון באזרחים, כי אם להבטיח חלוקה צודקת של הכוח הפוליטי. בנוסף, עיגון זכויות ברמה החוקתית אינו מחייב לפרוט את הזכויות לתכנים קונקרטיים העלולים ליצור מרחב כובל. עיגון הזכויות בחוקה צריך שיעשה באופן כללי כך שיתווה שלד עקרוני. את התכנים עצמם אפשר יהיה לצקת בדברי חקיקה ברמה התת-חוקתית ובאמצעות פרשנות של בתי-המשפט. מעניין שכך נוצרו ופותחו זכויות נאשמים במשפט האמריקני. משמעותו של הזכות להליך הוגן קיבלה ביטוי מעשי בפסיקה ובדברי חקיקה תת-חוקתיים.⁹³

3. הצדקה סימבולית-חינוכית

ההצדקה השלישית למתן מעמד חוקתי לזכויות נפגעי עבירה נעוצה במימד החינוכי, הסמלי הטבוע במעמד חוקתי, כמבטא את חשיבות הזכות בעיני יוצריה ומפרשיה, רשויות החוק והמשפט. ההתייחסות לערך חינוכי כמצדיק הקניית מעמד חוקתי לזכויות אינה מכוננת אפוא, כמטרה, להשגת תכליות תועלתניות, דוגמת אכיפה מוגברת (אף שעשויה להוביל, כתוצר לוואי, גם להגשמתן של תכליות תועלתניות). עניינה הוא המסר הגלום בהעלאתה של זכות לדרגה חוקתית, כמטרה כשלעצמה.

שיקולים חינוכיים או סימבוליים מוכרים בספרות ובפסיקה ככאלה המצדיקים הקניית מעמד חוקתי לזכויות.⁹⁴ Grimm מדגיש את ערכה הסימבולי של חוקה אל מול ערכה המשפטי גרידא, תוך אבחנה בין תפקידה הנורמטיבי של חוקה לבין תפקידה האינטגרטיבי, המאחד, ככזו המנחילה ערכים משותפים לקהילה.⁹⁵ לטענתו של Grimm, לחוקה ערך אינטגרטיבי רק מקום בו נלווה לה מימד סימבולי, קרי, כאשר היא משקפת ערכים ושאיפות בסיסיים בחברה הנתונה, מציעה לציבור ערכים

⁹² שם.

⁹³ ראו בהמשך דיון רחב בזכות להליך הוגן. להתפתחות במשפט האמריקאי במסגרתה פורשו זכויות נפגעים במדינות בהן הוכרו זכויות אלה בחוקות ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, מעמ' 269. ⁹⁴ ראו למשל גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 128-129 וכן בג"ץ 4908/10 בר און נ' כנסת ישראל, פסקה ח' לדבריו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 07.04.2011), לעניין חשיבות השלמת החוקה גם במשטר מעין-חוקתי: "חוקה שלמה תשדרג ותעצים במישור החינוכי ובראייה לדורות, ועל כן ראוי לה שתבוא לעולם".

⁹⁵ ראו Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, 3(2-3) INT. J. CONSTITUTIONAL LAW 193 (2005). בדומה לרעיון המקודם כאן, בהתייחסו לרעיון של חוקה אירופית, מציין גרים כי הקריאה לכך ולא לאמנות נוספות, אינה קשורה בצורך משפטי כלשהו אלא בטבע האינטגרטיבי האפשרי של חוקה. לחוקה יש קונוטציה חיובית, היא יכולה לעורר תמיכה ויש לה יתרונות קולקטיביים משמעותיים. שם, המקורות בה"ש 11.

אטרקטיביים מספיק על מנת להזדהות איתם וכאשר החברה עצמה תופסת כך את החוקה.⁹⁶ שיקולים חינוכיים הינם חשובים הן מטעמים דאונטולוגיים הן מטעמים תועלתניים. בהקשר לנפגעי עבירה, חשיבותם של שיקולים סימבוליים הינה משמעותית לא רק משום השפעתם האפשרית על חיזוק האכיפה בידי הרשויות המנהליות, אלא גם משום השפעתם על הקהילה ועל נפגעי העבירה כקהל יעד בפני עצמו. מסרים הנלווים לעיגון חוקתי של זכויות נפגעים מדגישים לציבור את האחריות החברתית כלפי מי שנפגעו מביצוע עבירה. קיבוע מעמדן של הזכויות כבעלות מעמד על - מעמד חוקתי – טומן בחובו מסר משל עצמו בדבר חשיבותו של הנפגע לקהילה כולה. בהקניית מעמד חוקתי לזכויות נפגעים מעבירה מערכת המשפט מסר לכלל הגורמים הרלוונטיים, שמשמעותו הכרה בלגיטימיות האינטראקציה עם הנפגע ובחשיבות הביטוי הסובייקטיבי של התחושות המוסריות אותן מעוררת העבירה בנפגע.⁹⁷ חשיבותו של מסר זה מתעצמת במציאות שבה זכויות נפגעים לא נאכפות באופן מספק, כפי שיתואר בהמשך.⁹⁸ במצב של תת-אכיפה המסר המועבר לכלל קהליו של המשפט הפלילי הוא כי נפגעי העבירה אינם חשובים למערכת המשפט. על פי ההצדקה הסימבולית-הצהרתית, הכרה במעמדן של זכויות נפגעים כזכויות חוקתיות עשויה לסכל מסר כאמור, ולהעביר תחתיו מסר פוזיטיבי.

⁹⁶ שם, טקסט מול ה"ש 11-12. הדבר תלוי בתפיסת החוקה כ'טובה'. בהקשר זה ניתן להזכיר כדוגמא את סעיף זכויות נפגעי העבירה בחוקת קליפורניה, ס' 28(1), אשר ניכר כי ניסוחו מעיד בדיוק על הכוונה להדגיש את הזדהות האזרחים עם החוקה: "The rights of victims of crime and their families in criminal prosecutions are a subject of grave statewide concern." CAL. CONST. art 1. sec. 28(1) האומה, ופרשנות החוקה עקב כך, בעיקר בחברות הטרוגניות. לדיון בנושא ראו Mark Tushnet, *How Do Constitutions* (2010) 193 INT. J. CONSTITUTIONAL LAW 8(3). *Constitute Constitutional Identity?*

⁹⁷ חשיבותם של מסרים העוברים באמצעות המשפט מוכרת היטב גם במישור התת-חוקתי ועומדת בבסיס התיאוריה האקספרסיבית. הקשר פלילי בולט שבמסגרתו פותחה ויושמה התיאוריה האקספרסיבית הוא שלב הענישה, בהיותו של העונש כלי להעברת מסרים של גינוי ושל סלידה ממעשיו של העבריין. ראו למשל Dan M. Kahan, *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, 96 MICH. L. REV. 1621 (1998). בכתיבה קודמת, על בסיס עבודתה של Diane Whiteley, פיתחנו את ההצדקה לשמיעת קולו של הנפגע כשיקול שיש לקחת בחשבון בין שיקולי הענישה משום התחושות המוסריות שעולות בעקבות מעשה העבירה בנפגע הפרטני ובקהילה בכללותה. ראו דנציג-רוזנברג ופוג'י, לעיל ה"ש 28; Dancig-Rosenberg & Pugach, לעיל ה"ש 18. הנפגע הוצג כמי שהוא, בו-זמנית, יעד למסרים ובעל מסרים משל עצמו. ואולם, השלכות התיאוריה האקספרסיבית על המשפט הפלילי משתרעות מעבר לשלב הענישה; המסרים עוברים בין הקהלים השונים בכל שלבי המשפט ואף לפניו, מרגע ביצוע העבירה: מהפוגע אל הנפגע ואל הקהילה בעצם מעשהו; מהקהילה אל הפוגע ואל הנפגע באמצעות המשפט, ומהנפגע עצמו, המעביר את מסריו אל הפוגע ואל הקהילה. לכתובה מוקדמת המתארת את שלל תפקידיו של הציבור בהליך הפלילי ומציעה לראות בו קהל נפרד ממערכת המשפט ומהנאשם בכל הנוגע למסרים העוברים בו בנושא ההליך ההוגן, ראו Judith Resnik, *Due Process: A Public Dimension*, 39 FLA. L. REV. 405, 407-408 (1987). הזכויות הפרוצדוראליות נשוא מאמר זה, הן הכלים המאפשרים העברת מסרים מורכבת זו, גם במישור התת-חוקתי. כפי שנפרט בהמשך, אגד זכויות ההליך ההוגן הוא, בבסיסו, סך הזכויות המאפשרות לנפגע העבירה לקבל מידע ולהשמיע קול בנקודות הקריטיות לאורך ההליך הפלילי. הקהילה, באמצעות תמיכתה בזכויות הללו, מאששת את זכותו של הנפגע להשמיע קולו האינדיבידואלי, ופותחת עצמה, כקהל, לשמיעת קול זה. הנפגע עצמו, באמצעות מימוש הזכות, מעביר את המסר האישי שלו לפוגע ולקהילה. מערכת המשפט פועלת כמתווך בין הגורמים השונים הללו. היא מספקת את אמצעי הקומוניקציה ואת דרכי העברת המסרים ביניהם ואף מכוונת קהל יעד נוסף ובעל חשיבות – אנשי מערכת המשפט. בלקחה על עצמה את המונופולין על ניהול המשפט הפלילי המדינה הופכת אחראית לא רק לתוכן המסרים (הגינוי הגלום במשפט הפלילי) אלא גם לעצם הקניית היכולת להעביר מסרים לכל אחד מן הקהלים. כמנהלת ההליך, היא מחויבת לדאוג למימוש זכותו של הנפגע להעביר את מסריו, הן באמצעות העברת המידע לנפגע הן באמצעות שמיעת קולו, כתובעת וכשופטת. המימד הסימבולי חשוב ביתר שאת בהליך הפלילי, משום טיבו הציבורי של המשפט הפלילי, המתיימר לפעול 'בשם הציבור'.

⁹⁸ ראו להלן הדיון בתת-פרק ב.2. לחלקו הראשון של המאמר.

חשיבות המסר הנלווה למימוש הזכות להליך הוגן, באופן ספציפי, הוכרה בהקשר רחב יותר, לא רק כלפי הקהילה המקומית בחברה נתונה. Burke-Robertson הדגישה את חשיבות מימושה של הזכות להליך הוגן במערכת המשפט האמריקנית כמעבירה מסר כלפי הקהילה העולמית על-אודות מערכת המשפט המקומית: 'עבור האמריקאי, הליך משפטי אינו רק אמצעי לפתרון סכסוכים בין פרטים. זהו מכניזם באמצעותו 'אנו מודיעים לעולם משהו בדבר אמונותינו, ערכינו ותפיסתנו את עצמנו ואת החברה שלנו'".⁹⁹ זכויות ההליך ההוגן משקפות ומעבירות אפוא מסר בדבר זהות לאומית, סולם ערכים קיבוצי, הדרך בה אנו תופסים את עצמנו או מעוניינים להיתפס בידי אחרים.

בד בבד, מתקיימת זיקה בין ההצדקה החינוכית הטהורה לבין תועלות שעשויה מערכת המשפט להפיק ממתן מעמד-על לזכויות אלה. כך, מבחינה תועלתנית, ניתן לטעון כי מסרים חזקים בדבר חשיבות השמעת קולו של הנפגע משפיעים על נכונותו של נפגע העבירה לשתף פעולה עם רשויות האכיפה ולפנות לקבלת מזור ממערכת המשפט הפלילי. מסרים חזקים כאמור מקנים תחושה כי החברה לוקחת אחריות ומוכנה להכיר – באמצעות עיגון חוקתי של זכויות – במקומו ובמעמדו של הנפגע כגורם בעל עניין יסודי בניהול ההליך הפלילי נגד מי שנחשד או מואשם בפגיעה בו. ולהיפך; מקום בו לא קיים שיתוף נפגעים, מרגישים אלה פגועים וסביר כי לא ימהרו לשתף פעולה עם המערכת.¹⁰⁰

הנחה דומה ליוותה את תהליך ההכרה בזכויותיהם החוקתיות של נאשמים, תהליך שלווה ברטוריקה הצהרתית ברורה על-אודות חשיבותם של הערכים המיוצגים באמצעות זכויות אלה, בגדרי תיאוריה דאונטולוגית.¹⁰¹ כך, למשל, ניתן להבין גם את דבריו של השופט לוי בעניין פרחי, בסקרו את הזכות להליך הוגן כמשמעותה בהקשר לנאשמים: "בהגנה על הזכות להליך הוגן קיים גם אינטרס ציבורי הנוגע לאמון הציבור בטהרת הליכי המשפט ולידיעתו – בהיות כל אדם נאשם פוטנציאלי – כי הוגנות ההליך הפלילי נתונה לשבט הביקורת השיפוטית."¹⁰² אמון הציבור אמנם חשוב מבחינה תועלתנית, אולם קיים גם פן דקלרטיבי, בעל ערך אינטרינזי משלו - המסר העובר לציבור כולו מקיומן, או אי קיומן, של זכויות בהליך הפלילי. האם לא חשוב דיו אמון הציבור ברשויות, שעה שכל אדם עלול ליפול קורבן לעבירה, וברצותו להיות מובטח בדאגת רשויות המשפט למימוש זכויותיו באם יקרה

⁹⁹ התרגום שלנו, ה.ד.ר. ו.ד.פ. ראו (2)64, *Cassandra Burke Robertson, Due Process in the American Identity*, 64(2) ALA. L. REV. 255, 262 (2012). בשנים האחרונות נשמעים טיעונים מעין אלה בעיקר בהקשר לשאלה באם לוותר על זכויות הליך הוגן לעניין הגנה על בטחון המדינה, ראו Robert N. Strassfeld, *Responses to Ten Questions*, 37 WM. MITCHELL L. REV. 5133, 5148 (2011).

¹⁰⁰ למחקר אמפירי התומך בחשיבות זכות השימוע ומצביע, למשל, על הפגיעה בנפגעים אשר למדו באיחור על הסדרי טיעון בהם לא שותפו ראו Edna Erez, Peter R. Ibarra & Daniel M. Downs, *Victim welfare and participation reforms in the United States: a therapeutic jurisprudence perspective*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 15 (Edna Erez, Michael Kildhling & Jo-Anne Wemmers eds., 2011).

¹⁰¹ ראו Burke Robertson, לעיל ה"ש 99; Strassfeld, לעיל ה"ש 99.

¹⁰² ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פסי' 9 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 01.08.2011).

תרחיש זה? האם המסר אותו חיוני להעביר, לקהילה במדינת ישראל כמו גם לעולם, אינו מסר המכיר בחשיבות שמיעת קולו של הנפגע? דומה כי פרשה דוגמת הדרתם של בני משפחתה של שחר גרינשפן, אשר נפגעה בתאונת דרכים, מההליכים נגד הפוגע, מדגימה בצורה הקשה ביותר את ההד הציבורי למסר בדבר התעלמות המדינה מהנפגעים.¹⁰³

ב. הצדקות בעלות אופי מעשי להכרה במעמד חוקתי של זכויות של נפגעי עבירה

לשלוש ההצדקות העקרוניות האמורות להכרה במעמד חוקתי לזכות של נפגעי עבירה אנו מציעות להוסיף עוד שתי הצדקות – שאופיין מעשי – שאינן אוניברסאליות אלא חלותן היא בישראל ובשיטות קרובות. הצדקות אלה הן, ראשית, שיקול-הדעת הרחב של התביעה, ושנית, תת-האכיפה של זכויות נפגעי עבירה ככל שאלה מעוגנות בחקיקה רגילה. הצדקות אלה אינן בעלות מימד עקרוני, שכן יסודן הוא באופי הקיים של המערכת, שאותו ניתן לכאורה לשנות בלא שימוש בכלים חוקתיים. עם זאת, בפועל, מששינויים כאלה אינם מעשיים – הדרך להתמודד עם המערכת הקיימת היא בהכרה בחוקתיות של הזכויות. נדון בשתי ההצדקות המעשיות האמורות לפי סדרן.

1. עידן בו שיקול-דעתה של התביעה בהליך הפלילי הינו רחב ביותר בהיעדר ביקורת שיפוטית

הצדקה מעשית חשובה להענקת זכויות משמעותיות לנפגעי עבירה היא בשיקול הדעת הרחב הנתון לרשויות התביעה, בעידן בו ההליך הפלילי מתנהל, במרבית המקרים, הרחק מעינו של הציבור. חשיבותה של ביקורת שיפוטית, כמנגנון בקרה על החלטות הרשויות, מתחדדת בהינתן פערי הכוחות בין המדינה לבין נפגע העבירה, נוכח יכולתה של המדינה לפגוע בזכויותיו בהליך הפלילי. דימויו הציורי של השופט חשין את הנאשם כ'גולבר בארץ הענקים', נכון גם לגבי הנפגע, ולעיתים ביתר שאת, בהיותו יחיד, בלתי מיוצג וחסר סיוע מוסדי.¹⁰⁴ פער הכוחות הופך למשמעותי במיוחד בתקופתנו, נוכח התגברות כוחה של התביעה ולנוכח מקומה בהליך, כפי שנתאר.

גם מבחינה היסטורית, קושרה הדרת נפגע העבירה מן ההליך לעליית כוחה של התביעה. McDonald מדגיש את הקשר ההדוק בין דחיקת מקומו של נפגע העבירה לבין עליית כוחה של התביעה הציבורית והתמקצעות המשטרה לאורך הזמן.¹⁰⁵ בשנות השבעים של המאה העשרים התפתחה בארצות-הברית ההכרה, כי מקומו של הנפגע במערכת המשפט הפלילי אינו אלא 'צל של מקומו לפני המהפכה האמריקאית' - זמנים בהם נפגע העבירה היה המחליט והמרוויח העיקרי מן ההליך.¹⁰⁶

¹⁰³ ראו בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.09.2012).

¹⁰⁴ בג"ץ קונטרס, לעיל ה"ש 37, פס' 25 לפסק-דינו של השופט חשין. לדיון במעמדו של הנפגע, הנעדר ייצוג או סיוע מוסדי, ראו תת-הפרק א.2. העוסק בצורך להגן על זכויות נפגעים כקבוצת מיעוט הנעדרת ייצוג וכוח בהליכים פוליטיים.

¹⁰⁵ ראו McDonald, לעיל ה"ש 38, בעמ' 659-668.

¹⁰⁶ שם.

בעבר שימש כוחה של המדינה להצדקת נחיצותן של זכויות חוקתיות לנאשם.¹⁰⁷ Stutz ראה בכוחה של המדינה הצדקה לכינונם של כללי פרוצדורה פלילית מיוחדים ואף העלה דרישה לקביעת מגבלות מיוחדות על טווח המשפט הפלילי המהותי.¹⁰⁸ נימוקיו נכונים, במידה רבה, גם לביסוס טיעוננו. התמודדות השלטון עם הגשמת האינטרס הציבורי משמעותה גם זניחת האינטרס הפרטי של הנפגע, בעיקר כאשר זה אינו עולה בקנה אחד עם מה שהתובע רואה כ"נכון". מדובר אפוא בהטיה מוסדית. כיון שגם נפגע העבירה המסוים חשוף לפגיעה בזכויותיו בידי הרשויות, יש להגביל את כוחה של המדינה לפגוע בזכויות אלה על-ידי הכרה במעמדן החוקתי של הזכויות הפרוצדוראליות המגיעות לו, במציאות בה כוחה של התביעה רב ואף מתחרה לא אחת בכוח השיפוטי, כפי שנדגים.

ככל שמכירים בזכויות ובאינטרסים המיוחדים לנפגע וככל שמכירים בהיותה של האמירה כי 'התביעה מייצגת את אינטרס הקורבן' בבחינת פיקציה, כך בולטת הבעייתיות במצב בו התביעה מהווה חיץ, כמעט בלתי עביר, בין הנפגע לבין בית המשפט ובין הנפגע לבין מיצוי זכויותיו בשלבי השונים של ההליך, לרבות בשלבי המוקדמים ביותר.

כוחה ההולך וגובר של התביעה הציבורית בא לידי ביטוי מכריע בנקודות קריטיות לאורכו של ההליך הפלילי. כדי להדגים טענתנו, נתייחס להלן לשתי החלטות מכריעות בהקשר לשיקול דעת התביעה: האחת, עניינה בהכרעה האם להגיש כתב אישום; השנייה, עניינה בהחלטה להגיע להסדר טיעון עם הנאשם.¹⁰⁹

לתשומת לב מועטה זוכה שלב טרום המשפט. לא בכדי ביקר Lamborn את ההצעה הראשונה לתיקון של חוקת ארצות-הברית, אשר העניקה זכות טיעון לנפגעים רק ב"הליכים משפטיים משמעותיים".¹¹⁰ דווקא הליכים טרום-משפטיים עשויים להיות קריטיים עבור הנפגע, כדוגמת החלטות המשטרה שלא לחקור תלונה לעומקה או שלא לעצור חשוד.¹¹¹ Aviram הציגה, בהקשר של נאשמים, ראייה חשדנית של הליך החקירה, כהליך ספוג בדעות קדומות ונתון לניצול לרעה.¹¹² האם נפגעים, במיוחד

¹⁰⁷ ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 130.

¹⁰⁸ Stutz, לעיל ה"ש 31.

¹⁰⁹ יובהר, כי אין אנו סבורות שקיימת סימטריה לעניין הביקורת השיפוטית הראויה הנוגעת לשני סוגי החלטות וכי אנו דנות אך במעמדו של הנפגע בהשגה עליהן.

¹¹⁰ ראו Lamborn, לעיל ה"ש 8. כפי שטוען המחבר, ההוראה לא תחול על החלטות תובע לסגור תיק ועל הסדרי טיעון - מצב דברים חמור לאור המציאות שבה מרבית התיקים הפליליים נסגרים בהסדרי טיעון. שם, בעמ' 195. מעברו השני של ההליך, ההוראה אינה מעניקה זכות שימוע גם בשלבי שחרור מוקדם מן הכלא, לאור לשונה, המוגבל ל- 'judicial proceedings'. לדידו, מחקרים מלמדים כי לא ניתן להניח שהמשטרה לוקחת את התלונות כולן במלוא תשומת הלב הראויה.

¹¹¹ שם.

¹¹² Hadar Aviram, *Packer in Context: Formalism and Fairness in the Due Process Model*, 36(1) LAW & SOC. INQUIRY 237 (2011).

מאוכלוסיות חלשות, אינם חשופים לפגיעה בידי הרשות? לדעות קדומות? לשלילת זכויות כבר בשלבים ראשוניים אלה?

בכלל זה מצויה גם ההחלטה החשובה ביותר – ההחלטה שלא להגיש כתב אישום, לסגור את התיק. קיימים שיקולים כבדי משקל מדוע לא יוגשו כתבי אישום בכל התיקים הנפתחים במשטרה, ואולם, החלטה לסגור תיק עלולה לגרור השלכות קשות ומוחשיות על נפגע שתיק הפגיעה בו נסגר. לסוגיה זו ניתן לצרף גם את הסדרי הטיעון בטרם הגשת כתב אישום. מעמדם של אלה אינו ברור ולנפגע אין זכות להבעת עמדה לגביהם, בעוד שלנאשם עומדת זכות השימוע המובילה, לעיתים, להסדר.¹¹³ לנפגע יש זכות להגיש תלונה במשטרה על הפגיעה בו. תלונה זו היא שתתניע, לעיתים קרובות, את גלגלי ההליך הפלילי כולו. עם זאת, אין לו זכות להשתתף בהפעלת שיקול הדעת באם לחקור את תלונתו, לעצור חשוד או לסגור את התיק.¹¹⁴ עוד בשנת 1960 כתב Goldstein כי החלטות משטרה שלא לחקור - חרף השלכותיהן על המערכת כולה - הן בלתי נראות לחלוטין ואינן נתונות לביקורת כלשהי.¹¹⁵ לכאורה, שיקול דעת התביעה אינו מוחלט משום שקיימת לנפגע בישראל זכות ערר על סגירת תיק. אולם, זכות ערר זו מתמצית בהשגה בפני רשויות התביעה, הרחק מעינו של בית המשפט.¹¹⁶ מעבר לכך, ייאלץ הנפגע לפנות בהליך מנהלי לבית המשפט הגבוה לצדק, אולם סיכויי התערבות בית המשפט בהחלטת התביעה קלושים ביותר.¹¹⁷

לאור האמור, מתערר צורך, אפוא, להתמודד עם שאלת שיקול הדעת הרחב של התביעה, אל מול זכויות נפגעי העבירה, בכל שלבי ההליך הפלילי. Bandes כינתה את ההגנה הגורפת על התביעה מפני פגיעה כלשהי בשיקול דעתה – בין בדרך של העדר בקרה שיפוטית ובין בדרך של אי-הטלת אחריות

¹¹³ Elliot Smith, *Is There a Pre-Charge Conferral Right in the CVRA?*, U. CHI. LEGAL F. 407 (2010) ראו *In re Dean*, 527 F.3d 391 (5th Cir 2008), כי זכות ההיוועצות עם התובע, המוקנית לנפגעים ב The Crime Victims' Rights Act of 2004, 18 U.S.C. § 3771 (2004), חלה גם על הליך זה, טרום הגשת כתב אישום. נציין כי סמית' מדגיש חשיבות הזכות לעניין עבירות מרמה רבות נפגעים. לדיון בסוגיה זו בפסיקה הישראלית ראו בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון 1282 (12)2008, פס' 29 לפסק-דין של השופט לוי, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (להלן: "פרשת קצב"). השופטים הסכימו כי לא ניתן להרחיב את זכות הטיעון של הנפגעות, בהתבסס על כללי הצדק הטבעי, מעבר לקבוע בחוק זכויות נפגעי עבירה.

¹¹⁴ בית המשפט העליון האמריקאי אף קבע בעבר, טרום ההכרה בזכויות נפגעים, כי לאזרח פרטי אין אינטרס מוכר משפטית בהעמדתו לדיון של אחר, דהיינו, באכיפת דיני העונשין. ראו *Linda R.S. v Richard D.*, 410 U.S. 614, 619 (1973).

¹¹⁵ Joeseph Goldstein, *Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice*, 69 YALE L.J. 543 (1960). ראו סעיף 69 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 המסמיך קצין משטרה לסגור תיק שאינו פשע.

¹¹⁶ סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] הוא שקובע את פרוצדורת סגירת התיק. סעיף 64 לחוק מקנה את זכות הערר. הזכות 'היתרה' שניתנה לנפגעי עבירות מין ואלימות, עניינה, כי התשובה לערר תימסר, ככלל, בתוך שישה חדשים מיום הגשתו. ראו סעיף 65(א) לחוק.

¹¹⁷ בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, והאסמכתאות בעמ' 55 (2003); בג"ץ 1299/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון 2007(3) 1439.

בגין מעשים או מחדלים - כ"קדושת שיקול הדעת התביעתי".¹¹⁸ לטענתה, מאבקים להרחבת זכויות נפגעים נחלו הצלחה בארצות הברית, רק כאשר קידמו אגידה של התביעה עצמה, כמו במקרים של החמרת ענישה.¹¹⁹ בישראל, כך נדמה, המצב אינו שונה במידה משמעותית. בהינתן כי ערר נבחן לפני גורם בכיר יותר ברשות התובעת עצמה, ובנסיבות בהן הנחיית פרקליט המדינה מונעת לעתים קרובות מהנפגע לקבל את חומרי החקירה כך שהוא אינו יכול לבסס את עררו, ספק אם באופן מעשי שיקול דעת התביעה אכן חדיר.¹²⁰

הערכת מצב זו נכונה גם לגבי הסדרי טיעון, שהפכו לנורמה במציאות בה ניהול משפט הפך לחריג.¹²¹ חוק זכויות נפגעי עבירה מקנה זכות להבעת עמדה בעניין הסדר טיעון לאוכלוסיות נפגעים מצומצמות - נפגעי עבירות חמורות בלבד.¹²² הבעת עמדה זו תיעשה, לכל היותר, בפני פרקליט בכיר.¹²³ לאור האמור, הביקורת - אם אפשר לקרוא לה כך - היא פנימית בלבד גם בנושא זה. פניות לבתי המשפט לצורך ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון נדחו, על פי רוב.¹²⁴ בישראל אין השופט בודק, ככלל, אף את הבסיס העובדתי להסדר.¹²⁵ כיון שהסדרים אלה מתבצעים הרחק מעין הציבור, ללא יתרונות ההליך הפומבי ובנסיבות בהן הצדקתם בבית המשפט הינה מינימלית, לאן יפנה הנפגע כאשר מופרות זכויותיו? כל שקובע סעיף 17(ד) לחוק זכויות נפגעי עבירה הוא כי כאשר מוצג ההסדר, "יברר בית המשפט האם קוימו הוראות חוק זה לענין זכויותיו של נפגע עבירת מין או אלימות חמורה לפי סעיף זה, לרבות האם הובאו פרטיו של הסדר הטיעון המוצג לפניו, כאמור בסעיף זה, לפני נפגע עבירה כאמור." משמעות הדבר הינה פיקוח שיפוטי דל על זכות הנפגע להבעת עמדה מכוחו של סעיף 17

¹¹⁸ ראו Bandes, לעיל ה"ש 49, בעמ' 332, 343-346. הכותבת מציגה את שיקול דעת הרשות התובעת כ'קופסא שחורה', בלתי חדירה. לענין מדיניות הרשות השופטת למעט ככל האפשר בהתערבות בהחלטות בדבר העמדה לדין ראו למשל (1985) 470 U.S. 598, 608. Wayte v. United States.

¹¹⁹ Bandes, שם.

¹²⁰ ראו "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה" הנחיות פרקליט המדינה 14.8 סעיפים 13-14 (עדכון אחרון: י"ח בתמוז התשע"א, 20 יולי 2011). נציין כי כרגע נמצאת הסוגיה בהליכים טרום בג"ץ.

¹²¹ כך גם במערכת האמריקאית, Rachel E. Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, 58 STAN. L. REV. 989, 1033 (2006); גזל-אייל, לעיל ה"ש 26.

¹²² ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה.

¹²³ שם.

¹²⁴ אמירות ברוח זו ניתן למצוא בפסקי דין רבים מאז פסק הדין המנחה בנושא הסדרי טיעון בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, (2002) (להלן: פרשת פלוני). ראו למשל ע"פ 3193/07 טבאגה נגד מדינת ישראל, דינים עליון 2009(36) 195, פס' 1 לפסק-דינו של השופט דנציגר, וכן פס' 3 לפסק-דינו של השופט גרוניס בה הוא אף משווה את ההתערבות המצומצמת של בית המשפט לענין הסדרי טיעון להתערבותו המצומצמת בהגשת כתבי אישום. מעניינת המחלוקת אשר נתגלעה בין השופטים גרוניס ודנציגר לבין השופטת ארבל, כשנראה כי דעת הרוב סברה כי אף לגבי הסדר טיעון הנחתם לאחר הרשעה תהא הביקורת מועטה. לדוגמה יוצאת דופן ראו ע"א 11141/08 יונה נגד מדינת ישראל, דינים עליון 2011(96) 1428 (להלן: פרשת בועז יונה), שם התקבל ערעורו של נאשם על פסק דין של בית משפט מחוזי אשר סטה מהסדר טיעון לטובת נפגעי העבירה. מציאות דומה שוררת גם בארצות-הברית. לאמירה כללית בדבר כוחה הבלעדי של התביעה בשלבי ההליך השונים ובדבר הנטל הכבד מאד על כל הרוצה לטעון נגדה ראו United States v. Armstrong, 517 U.S. 456, 464, 458 (1996). על פי Barkow, כל שהשופט בודק הוא באם להסדר יש בסיס עובדתי ובאם ההסדר נעשה בידועין ומרצון חופשי. ראו Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 1026. כך קובעים גם כללי הפרוצדורה הפלילית: Fed. R. Crim. P. 11(a)(1). גם פסק הדין המנחה לענין הצורך לעודד הסדרי טיעון: Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260 (1971).

¹²⁵ ראו פרשת קצב, לעיל ה"ש 113, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

לחוק, בנסיבות בהן כוחה של התביעה הינו מוחלט כמעט. התמונה, אם כן, דומה למדי לעניין סגירת תיקים כמו גם לעניין הסדרי טיעון. שיקול הדעת של התביעה בפעולתה (או באי פעולתה) כמעט שאינו חדיר, על אף שמדובר בשיקול דעת מעין-שיפוטי, מבחינת השלכתו על ההליך הפלילי.¹²⁶

את היחס בין שיקול הדעת העצום של הרשות התובעת לבין זכויות נפגעים ניתן לבקר גם במסגרת תיאורטית רחבה יותר. על-פי התיאוריה שהציגה Barkow, במשפט הפלילי נפגע עקרון הפרדת הרשויות, באשר הרשות המבצעת - התביעה - מגיעה להחלטות בעלות טבע שיפוטי ללא מנגנוני בקרה מוסדרים.¹²⁷ Barkow מציינת כי הפרדת הרשויות החוקתית, וביתר שאת מעמדה החזק של הרשות השופטת, נועדו למנוע את רודנות הרוב, אשר ינסה להכניע יריבים פוליטיים באמצעות המשפט הפלילי, במטרה להגן על פרטים וחברי קבוצות חלשות נגד כוח המדינה.¹²⁸ מקום בו התובע מרכז בידיו כוח של רשות מבצעת ושופטת כאחד ובהיעדרה המעשי של בקרה שיפוטית, ההגנה היחידה הנותרת הינה זכויות הפרט הקבועות בחוקה.¹²⁹ באם לא מכירים בזכויות חוקתיות העומדות לנפגעי עבירה נותרים אלה בלא הגנה מספקת נגד אי צדק ושימוש לרעה בכוח.

במצב דברים זה נסתרת אף ההנחה הגלומה בבסיסה של המערכת האדברסרית, כי מתוך המאבק בין הצדדים תצא האמת לאור.¹³⁰ במערכת בה מרוכז הכוח בידי רשות מנהלית ורבים כל כך הסדרי הטיעון, להנחה זו אין שחר. רוזן-צבי ופישר מציינים כי זכאויות פרוצדוראליות במסגרת ההליך

¹²⁶ לאחרונה, ניתן לצרף לרשימה זו גם את הליך היגיון בפלילים המתקיים בפני שופט. הליך זה אינו קבוע בחוק ומעמדו של הנפגע בו כלל אינו ברור, אף שתוצאותיו עשויות להיות שוות ערך להסדר טיעון. על מנת להגיע לבית המשפט ייאלץ הנפגע לנקוט בדרך המנהלית, דהיינו, לעמוד בתנאי עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, אשר מצמצם עד מאד התערבותו בשיקול דעתה של התביעה. ראו בפרשת קצב, לעיל ה"ש 113, פס' 8 לפסק-דינו של השופט גרוניס ופ' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, לעניין ההבדל בין ביקורת בערכאה דיונית לבין מבחנו של בג"ץ. גם בהקשר של ערעור משפחת נפגע על החלטה שלא להמשיך הליכים נגד נאשם חולה נפש קבע בית המשפט העליון כי לנפגעים אין מעמד כלשהו מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה, משמע – ילכו בדרך המנהלית. ראו ע"פ 2393/06 חמוד נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2007(58) 1108, פס' 5 לפסק-דינו של השופט לוי (להלן: פרשת חמוד). למיטב ידיעתנו, רק לעיתים נדירות ביותר הוכרה זכותם של נפגעים להצטרף לערעור הפלילי עצמו. עוד טרם תחולתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, הסכים בית המשפט העליון לדון בערעור של נפגע על הסדר טיעון, תוך שהוא מציין חריגותו. ראו ע"פ 2046/04 פירסטטר נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2005(21) 691, פס' 10 לפסק-דינו של השופט לוי. בפרשת בועז יונה, לעיל ה"ש 124, צורפו הנפגעים לערעור על רכיב הפיצוי בלבד, לאחר שבית המשפט המחוזי סטה מהסדר טיעון. יוצא דופן הוא מקום בו הנאשם הוא שמערער על רכיב פיצוי ועל פי הפסיקה עליו לצרף את הנפגע או שערערו לא ידון. ראו למשל ע"פ 6616/10 ארז אפרתי נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם, 22.6.2011).

¹²⁷ ראו Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, לעיל ה"ש 121. Barkow משווה את המצב בתחום הפלילי לתחום המנהלי. לדידה, דווקא בתחום בו הפגיעה עשויה להיות קשה יותר ולכן מחייבת זהירות יתר, קיים מחסור חמור בהגנות נגד שימוש לרעה בסמכות.

¹²⁸ שם, בעמ' 994 ומעמ' 1012. Barkow מפרטת את ההגנות החוקתיות הנתונות לנאשם במשפט הפלילי, במיוחד במגילת הזכויות המסדירה את כל היבטי הכוח הפלילי של הממשל, מחקירה דרך תביעה ועד לסיום ההליך המשפטי. שם, בעמ' 1016.

¹²⁹ מעניינת במיוחד אמירתה לפיה ניתן היה להניח כי בתי המשפט עצמם יגנו מפני חדירה לתחומם, אולם זה אינו המצב בכל הנוגע להסדרי טיעון. שם, בעמ' 1036. גם Gardina ציינה כי המערכת השיפוטית "מכורה להסדרי טיעון בדיוק כמו משרד המשפטים". ראו Jackie Gardina, *Compromising Liberty: A Structural Critique of the Sentencing Guidelines*, 38 U. MICH. J.L. REFORM 345, 373 (2005).

¹³⁰ אמירה המובנת מאליה במערכת האדברסרית. ראו למשל רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 510.

השיפוטי משפיעות לא רק על התוצאה השיפוטית גופה אלא גם על הסדרי הפרשה הצפויים להתגבש מחוץ לכתלי בית המשפט.¹³¹ אמירה זו נכונה לא רק במשפט האזרחי. מתקבל על הדעת כי קיומה של זכות משמעותית ואכיפה להבעת עמדה לעניין הסדר טיעון או להשתתפות בטיעונים לעונש, ישפיע גם על הדרך בה ינהל הנאשם את עניינו, במיוחד לגבי הסדר טיעון. התנהלות זו עשויה אולי, במידת מה, לקרב את צאת האמת לאור.

מסקנתה של Barkow היא כי הפוטנציאל לניצול לרעה ולאי צדק מבני גדול במיוחד דווקא בתחום הפלילי בו כוחה של המדינה מאיים ביותר. מכאן נולד הצורך בחשיבה מחודשת בדבר שיקול הדעת התביעתי, הבלתי מוגבל כמעט, בנושאי הגשת כתבי אישום וחתומה על הסדרי טיעון, משום הצורך לצקת משמעות אמיתית לזכותם של נפגעים להשתתף בהחלטות כה קריטיות עבורם.¹³² נציין כי Barkow בוחנת את המצב מפרספקטיבה קלאסית המדגישה זכויות נאשמים. לטענתה, כוחה של התביעה לא רק שאינו מוגבל בבקרה מצידו של בית-המשפט, אלא אף נעדר בקרה פוליטית, הואיל וכוחם הפוליטי של הנאשמים הינו דל וגם כוחם של שופטים אינו חזק. זאת, בניגוד למישורי חקיקה רגולטוריים אחרים בהם ניתן למצוא קבוצות אינטרס שונות ומגוונות נגד הממשל.¹³³ לשיטתנו, טיעוניה של Barkow יהיו נכונים אף יותר מנקודת מבטם של נפגעי עבירה, במיוחד בישראל כיום, כמו גם ביקורתנו של גזל-אייל בדבר היעדר קיומה של בקרה שיפוטית משמעותית על הסדרי טיעון, לעניין העובדות והאישומים.¹³⁴ דווקא מקום בו יכול להיגרם להם נזק כבד ביותר, בין אם בסגירת התיק או בהסדר טיעון שאינו כולל אותם, למשל, לא קיימת להם אלא זכות ערר בפני רשויות התביעה עצמן, כאשר הבקרה השיפוטית כמעט ואינה מעשית הואיל ולנפגע פתוחה, אם בכלל, רק דלתו של בית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ.¹³⁵

טענותינו לעניין שיקול הדעת המוחלט של התביעה בצמתים חשובים בהליך הפלילי יובילו, בהמשך המאמר, לדיון באי אכיפותן של זכויות הנפגעים הקיימות, ולדיון רחב בזכות הפרוצדוראלית להליך הוגן כזכות ליידוע ולשימוע וכן בדרישה להגנת ה-safeguards, שמשמעה - בלמים על כוחה של

¹³¹ שם.

¹³² לתיאוריה לפיה החלטות הממשל אמורות להיבחן גם על פי השלכותיהן על המשתתפים, לעניין הזכות להליך הוגן, ולא רק על פי 'סבירותו', ראו ה- Dignitary Theory בכתיבתו של Mashaw המפתח את הקשר בין כבוד לבין ההליך ההוגן במשפט המנהלי: Jerry L. Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 B.U. L. REV. 885 (1981).

¹³³ שם, בעמ' 995, 1030-1028. להשוואה בין קבוצות אינטרס לעניין ענישה ראו Rachel E. Barkow, *Administering* Crime, 52 UCLA L. REV. 715, 725-27 (2005). בהקשר זה ראו לעיל גם דיונונו במקומם של נפגעי העבירה כקבוצה חסרת כוח פוליטי משמעותי.

¹³⁴ גזל-אייל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 75-78.

¹³⁵ זאת, למרות הדגש אשר שם בית המשפט העליון על חשיבות הפעלת עקרון השוויון בפעולת התביעה בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485 (1990), אשר הוביל להפיכת החלטה שלא להגיש כתבי אישום. לטענה לפיה גם נפגעים סובלים מאי שוויון מהותי, לרבות על רקע הפליית קטגוריות נפגעים, בהקשר של הסדרי טיעון, ראו Douglas E. Beloof, *Dignity, Equality, and Public Interest for Defendants and Crime Victims in Plea Bargains*, 91 MARQ. L. REV. 349, 351 (2007).

הרשות, אשר אינה מתמלאת עבורם בישראל כיום.¹³⁶ גם אם חוק זכויות נפגעי עבירה יצר מנגנון ראוי, לכאורה, הרי שכשבאים לבדוק את תכניו ספק אם כך הוא הדבר. כך, לדוגמה, האם מספיקה, זכות להבעת עמדה' כאשר פרקליט מתקשר לנפגעת עבירה ערב הדיון ומוודיע לה שהוא מצפה לתשובתה בתוך דקות, מבלי שיפנה לעורכי דינה ועל אף שיודע כי היא מיוצגת?¹³⁷ בפני מי תוכל אותה נפגעת להשיג על הפרת זכותה כאשר תבין את פשר המחטף? האמנם באמת מספיקה אפשרות פנייה לפרקליט המחוז עבור נפגעת הנמחקת לחלוטין מכתב אישום, משמע, נסגר למעשה התיק בעניינה? היחס בין הסדר טיעון לבין חשש הפגיעה המשנית בנפגע העבירה הוכר בידי בית המשפט העליון עצמו, בדבריה של השופטת ביניש בפרשת **פלוני**: "הוראת-חוק זו (סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה – ה.ד.ר. וד.פ.) מקטינה את החשש מפגיעה נוספת בנפגע העבירה ומהנזק הנפשי העלול להיגרם לו מעצם עריכת הסדר הטיעון".¹³⁸ ספק אם במתכונת הנתונה אכן קטן חשש זה.¹³⁹

הכרה במעמדן החוקתי של זכויות נפגעים עשויה, אם כן, לספק מנגנון בקרה נוסף על שיקול הדעת של התביעה - פתח לביקורת שיפוטית המפרשת זכות חוקתית - הכרח גם על פי גישתה של Barkow. אכיפה בררנית (או נכון יותר – אי-אכיפה כלל) עלולה לפגוע בנפגעים, שתיקיהם של הפוגעים בהם ייסגרו, לא פחות משתשפיע על נאשמים שיעמדו לדין. הציפייה לשימוש הוגן ובלתי שרירותי בשיקול דעת התביעה קיימת גם מצד הנפגע, וכך גם הצורך באכיפה משמעותית של זכויותיו. שיקול דעתה של התביעה מוגן כאמור במידה רבה גם בישראל, עד כי בנושאים מסוימים לא נמסר מידע חשוב לציבור. הביקורת על היעדר השקיפות המלווה הסדרי טיעון נכונה במיוחד באשר לנפגע העבירה.¹⁴⁰ בנוסף, בעוד שבפני הנאשם קיימת זכות השימוע לעניין הגשת כתב אישום, לרבות בחירה באם להסכים להסדר או להמשיך למשפט, הנפגע מקבל מצב דברים נתון ללא יכולת להתמודד איתו.

מבקרי המציאות המתוארת העלו הצעות, חלקן מאתגרות את הסדר הקיים, לרבות השבת מעמדה הקודם של זכות התביעה הפרטית על מנת להעניק לנפגע מענה ולתקן את העוול הנגרם כתוצאה מהפעלת שיקול דעתם הכמעט-מוחלט של תובעים.¹⁴¹ לא נרחיב כאן בעניין זה, כפי שאיננו מרחיבים

¹³⁶ ראו דיון בפרק הבא לעניין מהותה של הזכות להליך הוגן כבלם על כוחה של הרשות. להתפתחות הזכות בארצות הברית מאז סוף שנות השישים למאה העשרים למשל ראו Mashaw, לעיל ה"ש 132.

¹³⁷ הדוגמאות המובאות כאן אינן היפותטיות. הן נסמכות על ניסיון בייצוג נפגעים במסגרת "נגה- המרכז לזכויות נפגעי פשיעה".

¹³⁸ פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 124, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

¹³⁹ לעניין זה נזכיר את ניסיונה של השופטת ארבל, בדעת יחיד, לצקת תוכן להוראות סעיף 17. ראו בג"ץ 5961/07 **פלוני נ' פרקליט המדינה**, לעיל ה"ש 59, פס' 9 ואילך. בפועל, קשה להעריך את ערכה של הנחייה זו. ראו גם בג"ץ 2477/07 **פלוני נ' פרקליט המדינה**, דינים עליון 2007(27) 295, פס' 7 לפסק-דינו של השופט אלון, בו נקבע כי ככל שמאוחר השלב בהליך הפלילי בו טוען הנפגע נגד הסדר הטיעון, כך קטנים הסיכויים שהתביעה תידרש לחזור בה וגובר אינטרס ההסתמכות של הנאשם, גם אם התביעה הפרה את כל חובותיה כלפי הנפגע.

¹⁴⁰ ראו Ronald Wright & Marc Miller, *Honesty and Opacity in Charge Bargains*, 55 STAN. L. REV. 1409, (2003) 1415.

¹⁴¹ ראו Note, *Private Prosecution: A Remedy for District Attorneys' Unwarranted Inaction*, 65 YALE L.J. 209. להיסטוריית ההליך הפרטי ראו גם: Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 138. בארץ קיימת אמנם האפשרות של

בנושא הליכים חלופיים, מתוך תפיסתנו כי מקום בו המדינה היא שמנהלת את ההליך הפלילי, כמונופול, זכויות נפגעים ראויות להיבחן בפרספקטיבה זו, מבלי להטיל עליהם נטל כבד.¹⁴² קרובה לעמדתנו החשיבה שהולכה אחרים להציע, כי לנפגע יהיה מעמד של צד בהליך משפטי של ערעור על סגירת תיק, וזאת, על מנת שהתובע ידרש להצדיק עמדתו בצורה ראויה.¹⁴³ הבנת הרציונאל להצעה זו וראייתה בהקשר רחב יותר תוביל להצעתנו, בחלקו של השני של המאמר, להכיר בזכותו החוקתית של הנפגע להליך הוגן, ולדיונו בזכויות היידוע והשימוע.¹⁴⁴ נדגיש כי את הדוגמאות שנדונו לעיל, ההחלטה באם להגיש כתב אישום ונושא הסדרי הטיעון, בחרנו רק על-מנת להמחיש טענתנו בדבר שיקול דעתה הרחב של התביעה. יש להניח כי בעתיד ניתן יהיה ליישם דברינו על שלל החלטות והליכים נוספים.

לסיכום, בהערכת נחיצותן וטיבן של זכויות נפגעי עבירה, לא ניתן להתעלם מן השינוי שחל במעמדה של התביעה אל עבר תפקיד בעל השלכות שיפוטיות במהותן וחסר בקרה ממשית מצידו של בית-המשפט. אם נחיל את ביקורתה של Barkow על מצבם של נפגעי עבירה נגיע, אפוא, למסקנה כי הקניית מעמד משמעותי לנפגעים, באמצעות עיגונה של זכות חוקתית הניתנת לבחינה שיפוטית לפחות בנקודות קריטיות אלה, לא רק שתפא מצב קשה מבחינתם, אלא שתציג מנגנון בקרה חשוב על פעולת הרשות ותייצר לה תמריץ לפעול ליישומה.

2. הצורך להבטיח אכיפה של זכויות נפגעי עבירה

הצדקה מעשית נוספת להכרה במעמד חוקתי של זכויות נפגעי עבירה נובעת מתת-האכיפה ממנה סובלות זכויות נפגעי עבירה המעוגנות במישור התת-חוקתי. היבט זה הוזכר בקצרה במסגרת הדיון בשיקול דעתה הרחב של התביעה, נוכח היעדר מנגנון בקרה שיפוטי משמעותי שעשוי לתמרצה לפעול להגנת זכויותיהם של נפגעים. חוק זכויות נפגעי עבירה, החוק המרכזי המעגן זכויותיהם, מקנה זכויות המהוות, למעשה, זכויות להליך הוגן, אף אם מוגבלות מאד בהיקפן ובתחולתן ומוקנות לאוכלוסיות

קובלנה פלילית פרטית אולם היא מוגבלת מאד בתחולתה, באשר היא ישימה לגבי מספר מצומצם מאד של עבירות בלבד, רבות מהן 'עבירות חסרות נפגעים' דוגמת עבירות על חוקי בחירות.

¹⁴² ראו למשל הצעותיהם של המחברים הבאים: Juan Cardenas, *The Crime Victim in the Prosecutorial Process*, 9 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 357, 392-398 (1986); Josephine Gittler, *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, 11 PEPP. L. REV. 117, 150-163 (1984)

¹⁴³ ראו Abraham S. Goldstein, *Defining the Role of the Victim in Criminal Prosecution*, 52 MISS. L.J. 515, 557 (1982) וכך גם Richard L. Aynes, *Constitutional Considerations: Government Responsibility and the Right Not to be a Victim*, 11 PEPP. L. REV. 63, 97-107 (1984)

¹⁴⁴ בהקשר ספציפי זה חשובה אמירתו של הראל בדבר זכות השימוע כערך עצמאי המצדיק ביקורת שיפוטית; כזכות המגנה על האינטרס הבסיסי של פרטים לקבל הנמקה מהרשות בעקבות החלטה הפוגעת בהם, ללא קשר להערכתה של הביקורת השיפוטית כ'כוננה' יותר, דהיינו, מנקודת מבט שאינה אינסטרומנטלית. ראו הראל, לעיל ה"ש 69, 261. כתיבתו של הראל אמנם מתייחסת לביקורת שיפוטית במובנה הראשון (ראו לעיל ה"ש 19) אולם, לשיטתנו, קיימת לה חשיבות רבה מקום בו לנפגעים לא ניתנת זכות היסוד להישמע.

נפגעים מסוימות בלבד.¹⁴⁵ את מרבית הזכויות המנויות בחוק ניתן לקטלג כזכויות לקבל מידע לאורך ההליך הפלילי וכזכויות להביע עמדה בצמתים מסוימים של ההליך הפלילי בפני רשויות המדינה.¹⁴⁶

מבחינה פורמלית, חוק זכויות נפגעי עבירה כולל מספר סעיפים החוזרים ומצהירים על חובתן של רשויות המדינה לנקוט צעדים הדרושים להבטחת זכויות נפגעי עבירה כפי שקבועות בחוק. כך, סעיף 5 לחוק קובע כי: "בתי המשפט והרשויות, כל אחד בתחומו, ינקטו צעדים הדרושים להבטחת זכויות נפגע עבירה לפי חוק זה". סעיף 23 לחוק קובע הקמתן של יחידות סיוע בפרקליטות המדינה ובפרקליטות המחוז, שתפקידן להבטיח את מימוש זכויות נפגע העבירה לפי הוראות חוק זה, ובין השאר: להבטיח את העברת המידע מהפרקליטות לנפגעי העבירות ומנפגעי העבירות לפרקליטות; להנחות את עובדי הפרקליטות ולסייע להם ביישום ההוראות לפי חוק זה; לאסוף מידע עדכני בדבר שירותי סיוע לנפגעי עבירות, ולהפיצו לעובדי הפרקליטות. סעיף 24 לחוק קובע כי משטרת ישראל תמנה שוטרים אחראים לעניין חוק זה, שתפקידם להבטיח את מימוש זכויות נפגע העבירה לפי הוראות חוק זה ובין השאר: להבטיח את העברת המידע מהמשטרה לנפגעי העבירות ומנפגעי העבירות למשטרה; להנחות שוטרים ולסייע להם ביישום ההוראות לפי חוק זה; לאסוף מידע עדכני בדבר שירותי סיוע לנפגעי עבירות ולהפיצו לשוטרים.

ואולם לצד הוראות אלה, החוק אינו קובע מנגנוני בקרה שיפוטיים כלשהם.¹⁴⁷ יתר על כן, סעיף 21 לחוק שולל תרופות בשל אי-אכיפתן של הזכויות הקבועות בו. הסעיף קובע כי "אי קיום זכות מהזכויות הקבועות בחוק זה אין בו כשלעצמו כדי לפסול הליך פלילי, או כדי להוות עילה למשפט פלילי או אזרחי נגד רשות ציבורית או עובד ציבור...". למעט בדין המשמעתי.¹⁴⁸ המשמעות היא שהפרת זכויות נפגעי עבירה, כפי שמעוגנות ברמה התת-חוקתית מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה, אינה גוררת אחריה סעד מכוחו של החוק.¹⁴⁹ החוק אינו מתמרץ את הרשות למנוע הפרת זכות מהזכויות, או את הנפגעים שזכותם הופרה לפנות לעזרת הערכאות. בנוסף, בחוק לא קבוע שום מנגנון ערעור בדומה למנגנון ה- mandamus במשפט הפדראלי האמריקני, המאפשר לפנות לערכאת הערעור

¹⁴⁵ על פי סעיף 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה, החוק כולו חל רק על עבירות שאינן חטא ושאינן עבירות תעבורה. הזכויות המהותיות ביותר מוגבלות לקטגוריות של נפגעי העבירות החמורות ביותר. ראו הגדרות 'עבירות מין ואללימות' ועבירות מין ואללימות חמורות' בתוספת הראשונה כולה לחוק זכויות נפגעי עבירה. זכויות נפגעי עבירה אינן מתמצות בחוק זה, אולם ההתייחסות היא אליו כדבר החקיקה המרכזי המעגן זכויות אלה.

¹⁴⁶ ראו סעיפים 8-11 לחוק זכויות נפגעי עבירה לעניין הזכות למידע וסעיפים 16-20 לעניין זכויות להבעת עמדה.

¹⁴⁷ החריג היחיד מעוגן בסעיף 17(ד) וקובע מנגנון מוגבל ביחס להסדרי טיעון, במסגרתו על השופט לוודא כי אכן הנפגע קיבל הזדמנות להביע עמדתו בפני התובע לפני קבלת החלטה בעניין וכי הובאו בפניו פרטי ההסדר. המנגנון שקובע החוק הינו טכני בעיקרו ואינו מבטיח הפעלה של ביקורת מהותית. ראו בבג"ץ 2477/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 139, פסק-דינה של השופטת ביניש, לעניין הקושי איתו לא התמודדו עדיין בתי המשפט עקב העדר קביעה "מהן התוצאות הנובעות מהפגיעה או ההפרה של זכויות הנפגעים, ביחס להליך הפלילי של אלה שפגעו בהם. עניין זה מעורר קשיים רבים שטרם נידונו בפסיקתנו ויש להניח כי עוד נצטרך להתמודד עם קשיים אלה בעתיד."

¹⁴⁸ סעיף 21 לחוק זכויות נפגעי עבירה.

¹⁴⁹ החוק משאיר, למעשה, את ההליך המשמעתי נגד עובד הרשות כסעד יחיד בידי של הנפגע. סעד זה לא ישנה, כמובן, את מהלכו של ההליך הפלילי בו נפגעו זכויותיו.

בבקשה לסעד ביניים המורה לרשות הרלוונטית לקיים את זכות נפגע העבירה.¹⁵⁰ בכך נותר החוק בישראל "חסר שיניים" ומותיר את מימוש זכויותיהם של נפגעי העבירה לרצון הטוב של הרשויות, אשר לעתים אינטרסיהן אינם עולים כאמור בקנה אחד עם אינטרס הנפגעים.

ואמנם, העשור שחלף מאז נחקק החוק לימד על אחת הבעיות המרכזיות בו – הקושי במישור האכיפה. המציאות מלמדת על קושי ממשי באכיפתן של הזכויות המוקנות ובהקפדה כי רשויות המדינה לא תיפגענה בהוראותיו. מנסיונו הפרקטי בליווי נפגעי עבירה בהליכים פליליים, אנו יכולות להעיד על מקרים רבים בהם לא מומשו זכויותיהם של נפגעים כפי שקבועות על-י-חוק.¹⁵¹ כך למשל, נפגעי עבירה מסוימים לא יודעו בדבר השלב בו נמצא התיק. במקרים אחרים, על אף הוראת ס' 9 לחוק, נפגעי עבירה לא זכו לעיין בכתב האישום או לקבל העתק ממנו, מאחר שמימוש זכות זו מותנית בבקשתם ואלה לא ידעו בדבר הוראה זו. במקרים נוספים, נפגעים לא זכו להביע עמדה בצמתים שבהם מקנה להם החוק זכות כאמור, בין משום שלא יודעו בדבר השלב הרלוונטי ובין משום שלא קיבלו את מלוא המידע הנדרש לשם הבעת עמדה מושכלת. באופן מעשי, מימוש זכויותיהם של נפגעים תלוי עדיין במידה רבה בנכונותם, ברגישותם ובגמישותם של אנשי הרשות עימם הם עומדים בקשר.¹⁵² זהו אפוא הפער בין "החוק בספרים" לבין "החוק במציאות".

זכויות "אמיתיות" חייבות לגרור חובות קורלטיביות מצד הרשות.¹⁵³ חקיקת זכויות שאין סעד בגין הפרתן עלולה לגרום לתחושות של חוסר אונים, העדר שליטה וקורבנות נוספת של נפגעי העבירה.¹⁵⁴ מסיבה זו טוענים Kilpatrick ו-Otto כי עדיף שלא להקנות זכויות כלל, מאשר לחוקק זכויות "על הנייר" בלא תרופות על הפרתן, ובלא הקניית זכויות ערר ועיון חוזר, שיאפשרו להשיג על אופן מיצויין

¹⁵⁰ Mandamus הוא צו שיפוטי, סעד בגין הפרת הוראת חוק בידי רשות מרשויות השלטון, לרבות בית המשפט או התביעה. בחוק זכויות נפגעי עבירה האמריקאי הפדרלי עוגן סעד זה כזמין לנפגעי עבירה אשר זכויותיהם הופרו בהליך, כסעד ביניים בהליך הפלילי אותו יש לבקש מערכאת הערעור, ראו The Crime Victims' Rights Act of 2004, 18 U.S.C. § 3771 s. (d)(3). בית המשפט לערעורים חייב לתת החלטתו בתוך 72 שעות מהגשת הבקשה, ובכל מקרה לא יעוכבו ההליכים בתיק למעלה מחמישה ימים. שם.

¹⁵¹ לניסיון דומה בארצות הברית, ראו Lawrence H. Tribe and Paul J. Cassell, *Embed the Rights of Victims in the Constitution*, in VICTIMS IN CRIMINAL PROCEDURE 776, 777 (Douglass E. Beloof, Paul G. Cassell and Steven J. Twist, eds., 2010). לדוגמאות לדיון בעניין ראו דיווח על פי חוק זכויות נפגע עבירה, התשס"א-2001, פרוטוקול ישיבה מס' 424 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (17.01.2008); מעקב אחר יישום חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, פרוטוקול ישיבה מס' 2 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (13.05.2009).

¹⁵² מעניין כי עוד בשנת 1975, טרם חקיקת מרבית החוקים המקנים זכויות לנפגעים, תיאר Hall את מעורבותו של הנפגע בהליך הפלילי כתלוי בראש ובראשונה בנכונותם של אנשי הרשות לשתפו. ראו Donald J. Hall, *The Role of the Victim in the Prosecution and Disposition of a Criminal Case*, 28 VAND. L. REV. 931, 981 (1975). העולה על הדעת כי מציאות זו נכונה להיום, בעידן בו זכויות הנפגעים מעוגנות על-י-חוק?

¹⁵³ ראו הקורלציה בין זכות לבין חובה על פי טבלת הופלד: WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING: AND OTHER LEGAL ESSAY* (1919), available at archive.org/stream/fundamentallegal00hohfuoft#page/40/mode/2up.

¹⁵⁴ Kilpatrick and Otto, לעיל ה"ש 58, בעמ' 27.

בידי הרשויות.¹⁵⁵ לא בכדי ציין Beloof כי זכויות משמעותיות לנפגעים חייבות להיות מלוות בזכות עמידה, בסעד למקרה של פגיעה ובביקורת שיפוטית, שלא כמו הקבוע בחוק זכויות נפגעי עבירה.¹⁵⁶

ניתן לטעון כי במידה שזכויות תת-חוקתיות אינן נאכפות בפועל, הפתרון הראוי אינו חקיקת זכויות חוקתיות כי אם בירור בדבר הסיבות לאי-האכיפה, ואם יש צורך, אזי תיקון של החוק או חקיקה מחדש של החוק, במישור התת-חוקתי. טיעון זה כשלעצמו נראה נכון לשיטתנו, ואולם, כאשר מצרפים את בעיית אי-האכיפות כהצדקה מעשית נלווית, המצטרפת להצדקות המהותיות שנדונו לעיל, נדמה כי מתחזק הצורך לבחור בפתרון המקנה לזכויות נפגעים מעמד חוקתי. בארצות-הברית, מצב דומה של חוסר יכולת לאכוף זכויות נפגעים הוביל לשינויים החקיקתיים המרכזיים של שנות האלפיים. כך, בפסק הדין המרכזי אשר קבע אי-אכיפת הזכויות ואי-קיומה של זכות ערעור, הסתמך בית המשפט על קביעת הקונגרס לגבי The Victims' Rights and Restitution Act,¹⁵⁷ כי החוק לא ייצור עילת תביעה מקום בו הופרה זכות מהזכויות המנויות בו.¹⁵⁸ בעיה זו היוותה רקע לחקיקת החוק הפדראלי המשמעותי בשנת 2004.¹⁵⁹ אמנם, החוקה האמריקאית לא תוקנה, אך מרבית מדינות ארצות הברית עיגנו את זכויות נפגעי העבירה בחוקתיהן, וכותבים מרכזיים דוגמת Tribe ו-Cassel הצדיקו הכרה בזכות חוקתית פדראלית, על בסיס הנמקה כי אף הזכויות המדינתיות החוקתיות אינן נאכפות דיין.¹⁶⁰

מעבר למסר הנלווה לעיגונה של זכות כבעלת מעמד חוקתי, קיים יסוד סביר להניח כי הוראות חוקתיות עשויות ליצור תמריץ חיובי מוגבר עבור הרשויות לפעול ליישומן, וכך עשויות להגביר את ההסתברות לאכיפה משמעותית יותר. הרשויות עשויות להגיב באכיפה מוגברת שעה שמדובר בזכויות "חזקות" הזכות למעמד נורמטיבי גבוה יותר, המצהירות מעצם מעמדן על חשיבותם של הערכים

¹⁵⁵ שם. זכות הערר המוקנית לנפגעי עבירה היא דוגמא טובה להכרה חלקית ובלתי מספקת בזכויותיהם של נפגעים לערור. כפי שהוזכר לעיל, הנחיית פרקליט המדינה הקובעת סירוב למסור חומרי חקירה לנפגע לאחר החלטה לסגור התיק, מעקרת את הזכות לערור מתוכנה, שהרי כיצד יוכל הנפגע להשיג על החלטת הרשות לסגור התיק, בלא לבחון את חומר החקירה שעל-פיו קיבלה הרשות את החלטת הסגירה של התיק?

¹⁵⁶ ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל ה"ש 4, מעמ' 275; Douglas E. Beloof, *Enabling Rape Shield Procedures Under Crime Victims' Constitutional Privacy Rights*, 38 SUFFOLK U.L. REV. 291, 292 (2005).

¹⁵⁷ 18 U.S.C. 3663.

¹⁵⁸ United States v. McVeigh, 106 F. 3d. 325, 335 (10th Cir.1997).

¹⁵⁹ ראו Jon Kyl, Steven J. Twist and Stephen Higgins, *On the Wings of Their Angels: The Scott Campbell, Stephanie Roper, Wendy Preston, Louarna Gillis, and Nila Lynn Crime Victims' Right Act*, 9 LEWIS & CLARK L. REV. 581 (2005). מחקרים אמפיריים מצביעים על כך כי זכויות חוקתיות נאכפות יותר מזכויות תת-חוקתיות. ראו Dean G. Kilpatrick, David Beatty and Susan Smith Howley, *Impact of Constitutional and Statutory Protection on Crime Victims' Rights in Four States in the United States, 1995*, ICPSR version. Arlington, VA: National Center for Victims of Crime [producer], 1996. Ann Arbor, MI: Inter-university Consortium for Political and Social Research [distributor], 1999.

¹⁶⁰ ראו Tribe and Cassell, לעיל ה"ש 151, בעמ' 777. כמובן שגם על הזכויות החוקתיות להיות אכיפות כדי שתהיינה בעלות כוח. ראו ניתוחו של Grimm ומסקנתו כי חוקות אכיפות, הן חוקות בעלות סיכוי טוב יותר לקדם אינטגרציה של החברה. Grimm, בעמ' 200.

הגלומים בהן. ואכן, מחקר אמפירי שבוצע בארצות-הברית העלה כי במדינות בהן היו קבועות בחקיקה זכויות נפגעי עבירה בעלות מעמד "חזק" - כדוגמת זכויות חוקתיות - הסתמנה מגמה של היענות מוגברת מצד הרשויות לאכיפתן.¹⁶¹ מגמה זו עשויה להתחזק ביתר שאת, מקום בו לא מתקיימת הנחת היסוד, לפיה במישור התת-חוקתי מובן מאליו כי יש זכות טיעון וזכות גישה לערכאות, הן מכוחם של דברי חקיקה ספציפיים הן מכוח העקרונות הכלליים של השיטה ושל המשפט המנהלי. יחד עם זאת, המחקר ביקש להדגיש כי תיקוני חקיקה "חזקים" הם תנאי הכרחי אך בלתי מספיק להבטחת ההגנה על זכויות נפגעים. נוסף על עיגון משפטי "חזק" הודגש צורך בפיתוח המודעות מצד הרשויות באמצעות יצירת שינוי ארגוני-מחשבתי, בהקצאת מימון מתאים לקידום הנושא ובאכיפה בפועל. מדובר אפוא בתהליך רב-שלבי, הדורש כבסיס חקיקה חזקה.

לסיכום, הכרה במעמדן החוקתי של זכויות פרוצדוראליות המגיעות לנפגעי עבירה תבטיח כי אלו לא תוכלנה להירמס בלא בקרה ובלא יכולת להשיג על פגיעה בהן. פגיעה בזכויות אלה תידרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, דהיינו תוכל להיעשות רק בחוק ההולם את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, רק לשם תכלית ראויה ורק במידה שאינה עולה הנדרש, ותהא חשופה אפוא לביקורת שיפוטית.

חלק שני: הזכות החוקתית של נפגעי עבירה להליך הוגן

בחלק זה של המאמר נבקש להסביר מדוע נכון וראוי, לטעמנו, לאגד את הזכויות החוקתיות הפרוצדוראליות המגיעות לנפגעים תחת כותרת של הזכות להליך הוגן. ליבה של הזכות החוקתית להליך הוגן הוא בזכות ליידוע ולהזדמנות משמעותית להישמע, בטרם תשלול המדינה כבוד, חירות או רכוש של אדם, כללי ליבה אשר אינם שנויים במחלוקת.¹⁶² הרקע לזכות זו נעוץ בפערי הכוחות בין המדינה לבין הנאשם, הנכונים, לטענתנו, בשינויים המחויבים, גם לעניינו של הנפגע, בהיותו חסר כוח לפעול באופן פרטי על מנת להיפרע מהפוגע בו, במערכת בה שולט מודל התביעה הציבורית כפי שתיארנו לעיל.¹⁶³

1. הזכות החוקתית להליך הוגן

¹⁶¹ ראו Dean G. Kilpatrick, David Beatty and Susan Smith Howley, *The Rights of Crime Victims- Does Legal Protection Make a Difference?*, NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: RESEARCH IN BRIEF (1998), *available at* www.ncjrs.gov/pdffiles/173839.pdf. מחקר זה הינו היחיד שמצאנו בהקשר זה, והוא נכון לשנת 1998. נציין כי במחקר זה "חוזקן" של הזכויות נקבע לא רק באמצעות מעמדן במדרג הנורמטיבי, אלא גם על סמך פרמטרים אחרים כגון מידת מסוימות ההוראות. מחקר חדש יותר מצא, אמנם, כי הכרזה על זכות כחוקתית לא חיזקה בפועל את אכיפתה. ואולם, מדובר בזכויות נאשמים אגב הלכת יששכרוב, ויתכן שההבדל משמעותי: Binyamin Blum, 'Exclude Evidence You Exclude Justice'? a Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov, 16 *Sw. J. INT'L L.* 385 (2010).

¹⁶² ראו Niki Kuckes, *Civil Due Process, Criminal Due Process*, 25 *YALE L. & POL'Y REV.* 1 (2006).

¹⁶³ ראו רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 499.

כדי להבין את הטענה בדבר תחולת אגד זכויות הליך הוגן על נפגעים, נשוב להגדרת ההליך ההוגן הקלאסית, בתחולתו על חשודים ונאשמים. כתיבתו של Packer מהווה עדיין נקודת המוצא לכל דיון מבוסס אידאולוגיה או עקרונות יסוד במשפט הפלילי.¹⁶⁴ פקר הגדיר את מודל ההליך ההוגן כ'מסלול מכשולים'; מודל אשר לפיו מוכנה המערכת להחיל מגבלות פרוצדוראליות על יישום הדין הפלילי, אף אם מגבלות אלה עלולות להגביל את יעילות החלתו.¹⁶⁵ בבסיס המודל מונחים האידאולוגיה בדבר עליונות זכויות הפרט והרעיון המשלים של מגבלה על כוח המדינה. זכויות ההליך ההוגן הן, אפוא, בבסיסן, חלק ממערכת הבקרה על כוחה של המדינה, כוח אשר ניתן לנצל לרעה.

ואולם, המודל הקלאסי של ההליך ההוגן הינו מוגבל מטיבו, שכן המודל מניח כי כוחה של המדינה מצוי תמיד אל מול אינטרס הנאשם. בכתיבתה על זכויות נפגעים במשפט הבינלאומי ציינה Sorochinsky כי הנחה זו בולטת במיוחד. במדינות בהן לא שולט עקרון החוקיות, קיים חשש ממשי כי המדינה תשים עצמה נגד אינטרס הנפגע, שעה שהפוגע הינו גורם רשמי או כזה הפועל בחסות רשויות המדינה.¹⁶⁶ כפי שהדגמנו לעיל, גם בישראל אנו עדים לעיתים קרובות לכך שהנחת זהות האינטרסים בין התביעה לבין הנפגע נסתרת, על אחת כמה וכמה עם עליית כוחה של התביעה, ולא רק בהקשר המובהק של הסדרי טיעון.¹⁶⁷ מציאות זו מחייבת לרדת לשורשיו של רעיון ההליך ההוגן ולא להסתפק ביישומו המכני על נאשמים בלבד. נראה כי הנימוקים אשר הצגנו כתומכים בזכויות החוקתיות נמצאים ברקע ההכרה בזכות יסודית זו, ואגד הזכויות המגיעות לנפגעים קשור קשר הדוק לרעיון של הליך הוגן, בדומה להליך ההוגן המוקנה לנאשם, בשינויים המחויבים.¹⁶⁸ בהקשר זה, נזכיר גם את אבחנתה של אבירם בין 'הליך הוגן פורמאלי', הכרוך בהיצמדות לזכויות הקבועות ב- bill of rights ('החבילה החוקתית'), לבין 'הליך הוגן המדגיש את ההגינות'. בהליך הפורמאלי זוכים להכרה רק השחקנים המסורתיים, סגורים וחבר המושבעים. לעומתו, ההליך המבוסס על 'הוגנות' הינו גמיש יותר.¹⁶⁹ אנו סבורות כי יש להחילו גם על נפגעי עבירה באמצעות הכרה במעמדן החוקתי של

¹⁶⁴ Sorochinsky, Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964) למשל, בוחנת החלטות של הטריבונלים הבינ"ל לזכויות אדם במשקפי התיאוריה של פקר. לדבריה, מערכת המשפט הבינ"ל מעבירה מסר מבלבל למערכות משפט מקומיות, האמורות ליישם את ההגנות הרחבות לנפגעים, בעודן שומרות על הליך הוגן לנאשמים. הפתרון שהיא מציעה הינו מודל משפט פלילי המבוסס על איזון כוחות. ראו Mykola Sorochinsky *Prosecuting Torturers, Protecting "Child Molesters": Toward a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law*, 31 MICH. J. INT'L L. 157 (2009).

¹⁶⁵ שם.

¹⁶⁶ שם, טקסט מול ה"ש 33.

¹⁶⁷ אחת מהנחות הבסיס באשר לצורך בזכויות עצמאיות לנפגעים היא היעדר זהות האינטרסים בינם לבין המדינה. ראו בהרחבה לעיל תת-פרק ב.1. בחלקו הראשון של המאמר, העוסק בשקול-דעתה הרחב של התביעה.

¹⁶⁸ להכרה בתפיסה לפיה הגינות הליכית אינה מכוונת רק כלפי נאשמים ראו רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, בפס' 25 לפסק-דינו של השופט חשין (2004): 'ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזוי ומהשפלתו כאדם.'

¹⁶⁹ Aviram, לעיל ה"ש 112.

זכויותיהם הפרוצדוראליות, באשר יש בהן כדי להבטיח הגינות כאמור, בדרך המשפטית החזקה ביותר.

ההצדקה העיקרית להכרה בזכות להליך הוגן, המבוססת על פערי הכוחות בין המדינה לבין הנאשם, נכונה, כאמור, בשינויים המחויבים, גם לעניינו של נפגע העבירה. זה האחרון חסר כוח לפעול באופן פרטי על מנת להיפגע מהפוגע בו במישור הפלילי, במערכת בה שולט מודל התביעה הציבורית ובה אינטרסיו אינם מיוצגים.¹⁷⁰ גם האמנה החברתית, הניצבת בבסיס חובת המדינה לנפגעים, קושרה לרעיון ההליך ההוגן.¹⁷¹ בישראל, הזכות המתייחסת להליך הוגן של נאשם הוכרה בפסיקה מאז ומעולם כזכות יסוד, והיא זוכה לחשיבות מיוחדת מאז עוגנה כזכות מפורשת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷² במשפט הפלילי, הרגיש לשינויים חוקתיים בזכויות האדם, מודגשת זכות זו ביתר שאת,¹⁷³ והיא ראויה להשתרע, לטענתנו, גם על ענייני הפרוצדוראליים של נפגע העבירה. יתר על כן, חשיבותה של הזכות להליך הוגן משתקפת גם במסגרת גישת הצדק הפרוצדוראלי, המעריכה הליכים משפטיים לא רק על סמך תוצאתם, כי אם גם על סמך הדרך.¹⁷⁴ הליך בו הנפגע אינו מקבל מידע ולא נשמע קולו ייתפס כבלתי הוגן במידה רבה מאשר הליך בו ישמע קולו אף אם לא תתקבל דעתו. הצעות שהוצעו בכתיבה למערך זכויות נפגעים, אף בלא שקושרו לניתוח הבסיס החוקתי של זכויות נפגעים, עולות בקנה אחד עם מודל ההליך ההוגן שהציע פקר, במובן זה שכולם מדגישים את רעיון כבוד האדם, כפי שנפרט.¹⁷⁵

ליבת טיעוננו נעוצה בתיאוריות מבוססות נפגע, הרואות את זכויות הנפגע כזכויות פרסונאליות, אינהרנטיות לכבודו כאדם, לרבות בכל הנוגע להשלכות ההליך על מצבו של הנפגע.¹⁷⁶ הצורך למנוע קורבנות משנית נתמך, כאמור לעיל, בעקרונות תורת המשפט הטיפולי.¹⁷⁷ לפיכך, חשובים ההקשרים בין זכויות הנפגע לזכויות אדם ובין תפיסת כבוד האדם לזכות להליך הוגן הנובעת מתוכה. החשיבה

¹⁷⁰ רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 499.

¹⁷¹ לקישור בין ההליך ההוגן לבין תיאוריות האמנה החברתית ראו Abramchayev, לעיל ה"ש 35, בעמ' 855.

¹⁷² על מעמדה החוקתי של הזכות להליך פלילי הוגן ראו ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על 2006(2) 1093, פס' 67 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש; עניין **ברנס**, לעיל ה"ש 14, פסק-דינה של השופטת דורנר; מ"ח 8483/00 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(4) 253, 263, פסק-דינו של הנשיא ברק (2003); ע"פ 1741/99 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 750, 767, פסק-דינו של השופט טירקל (1999); בג"ץ 6972/96 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי**, פ"ד נא(2) 757, 782, פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1997); אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 281 (1993).

¹⁷³ ראו בש"פ 1000/05 **חסיד נגד מדינת ישראל**, פ"ד נט(6) 385, פס' ח(3) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין והמקורות המופיעים שם (2005). נזכיר, בהקשר זה, אף את הרחבתה של ההגנה מן הצדק. ראו סקירה בבר"ש 2736/11 **מדינת ישראל נגד פרלמוטר**, דינים עליון 102(2)2011, 486, פס' יג-טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, שם נקבע תחולתה על הדין המשמעותי.

¹⁷⁴ לפיתוח גישת הצדק הפרוצדוראלי לעניין זכויות נפגעים ראו Giannini, לעיל ה"ש 20, בעמ' 103-85.

¹⁷⁵ בולט במיוחד, בהקשר זה, מודל השתתפות הנפגע שהציע Beloof. ראו לסלי סבה "המודלים של הרברט פאקר: מבחן הזמן והביקורת" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון** 221, 261 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

¹⁷⁶ Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 144.

¹⁷⁷ לגישת המשפט הטיפולי ראו Erez, Kildhling & Wemmers, לעיל ה"ש 20.

כי זכויות נפגעי עבירה הן פן של שיח זכויות אדם אינה, באופן מפתיע, חלק מן התפיסה הליברלית הקלאסית אשר זיהתה באופן מוחלט זכויות אדם במשפט הפלילי עם זכויות נאשמים בלבד.¹⁷⁸

הרחבת המושג "זכויות אדם", שהחלה מסוף שנות השבעים, באה לידי ביטוי גם במישור הבינלאומי.¹⁷⁹ כך, לראשונה, בהצהרת האו"ם בדבר עקרונות הצדק הבסיסיים למען קרבנות פשע וניצול כוח, שנתקבלה בשנת 1985. בהצהרה נקבע תחת הכותרת של 'גישה לצדק ויחס הוגן', כי על מערכת המשפט להגיב לצרכי נפגעים, בין השאר, באמצעות זכויות שבמהותן הינן זכויות להליך הוגן.¹⁸⁰ במישור הבין לאומי, התפתח מסוף שנות ה-70 הרעיון כי לנפגעי הפרות זכויות אדם קיימת זכות להגנת המשפט הפלילי ואיתו התפתחה הכרה בזכויות פרוצדוראליות טהורות שעניינן הליך הוגן, דוגמת זכות היידוע והשתתפות; לצד הכרה בזכויות מהותיות, דוגמת הזכות כי הפגיעה תחקר באופן אפקטיבי וראוי והזכות כי הפוגע יענש.¹⁸¹ ברקע זכויות אלה ניצבו טיעונים בעלי זיקה הדוקה לטיעונו. סורוציינסקי מסבירה כי זכויות אדם התפתחו כזכויות המגבילות כוחה של המדינה לכפות ולהגביל את חירות נתיניה, ומתוך רצון להפחית שרירותיות בהפעלת כוחה.¹⁸² החיבור המוצע במאמרנו זה - בין הפעלת כוח המדינה לבין פגיעה בנפגעים דווקא, כבני אדם אוטונומיים הראויים להגנה - לא נעשה אפוא עד לשלב מאוחר זה, ואף עד כה נערך בצורה ישירה בעיקר במישור הבין לאומי.¹⁸³

הזכות המרכזית אליה נקשר ההליך ההוגן, כמו גם זכויותיהם של הנפגעים היא, אם כן, הזכות לכבוד.¹⁸⁴ במהלך השנים הוצגו פרשנויות שונות ורבות למושג מורכב זה של כבוד האדם.¹⁸⁵ רשימה זו

¹⁷⁸ לעליית נראות שיח זכויות האדם בכללותו ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, עמ' 110.

¹⁷⁹ ליישום עקרונות שהתפתחו במשפט הבינלאומי בבתי המשפט באנגליה ראו JONATHAN DOAK, VICTIMS' RIGHTS, HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE: RECONCEIVING THE ROLE OF THIRD PARTIES 45-47, 172-175, 177-179 (2008). לסקירה ביקורתית ראו Mykola Sorochinsky, לעיל ה"ש 164. המחברת מציינת כי נדונות אף זכויות מהותיות של נפגעים, דוגמת הזכות להעמדת אדם לדין, שם, הטקסט מול ה"ש 272.

¹⁸⁰ ראו Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 10 POLICE STUD.: INT'L REV. POLICE DEV. 105, s. 5(b) (1987), available at www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm: "Allowing the views and concerns of victims to be presented and considered at appropriate stages of the proceedings where their personal interests are affected, without prejudice to the accused and consistent with the relevant national criminal justice system" (להלן: הצהרת האו"ם).

¹⁸¹ Mykola Sorochinsky, לעיל ה"ש 164.

¹⁸² שם, בעמ' 174. טקסט מול ה"ש 103.

¹⁸³ חריג לכך הוא ספרו של Dubber, לעיל ה"ש 44. Dubber הרחיק לכת עד כדי טענה - לעצם טיבו של המשפט הפלילי - כי יש לראות את הנפגע קודם כל כאדם, ולגזור מכך את זכויותיו, ולא מהיותו 'נפגע'. ברוח זו הוא ביקש לכנות את המשפט הפלילי "Law of Personhood".

¹⁸⁴ ראו הכרה בכך בדברי השופט לוי: "אין עוד חולק שלפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד-האדם", בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 609 (2005). לצידה, תהיינה רלוונטיות, בהקשר של מניעת קורבנות משנית בידי המדינה, גם זכויות היסוד האחרות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר ההגנה על החיים, על שלמות הגוף ועל הפרטיות.

¹⁸⁵ לסקירה היסטורית של פרשנות הזכות לכבוד ולטענות כיצד על זכות זו להיות מפורשת כזכות עצמאית, ראו למשל הוסטובסקי-ברנדס, לעיל ה"ש 29.

לא תתיימר, כמובן, לסקור את הספרות הענפה העוסקת בתכנו של המושג. חלף זאת, נסתפק באזכור ההכרה בכבוד האדם כזכות עצמאית, ונדגיש שקיימת הסכמה רחבה כי מושג ה'השפלה' חוסה תחת כנפי הפגיעה בכבוד.¹⁸⁶ אין ספק שרבות מזכויות נפגעי העבירה - הקיימות והדרושות - מקורן באירועים אותם חווים הנפגעים כמשפילים. מצב דברים זה מתחדד עקב פערי הכוחות העצומים בינם לבין המדינה - פערי כוחות המהווים, אליבא דהוסטובסקי-ברנדס, פרמטר מובהק בהכרעה האם מדובר בהשפלה.¹⁸⁷ רייכמן מציע פרשנות אחרת של כבוד האדם, שיישומה עשוי להסביר את דרישת הזכויות לנפגעי העבירה אל מול המדינה, דרישה שההצדקה לה חורגת מן הפגיעה הפלילית עצמה.¹⁸⁸ פרשנות זו רואה בכבוד ביטוי לחברות בקהילה המוסרית של בני האנוש, שהחברה האזרחית היא הביטוי הגשמי שלה.¹⁸⁹ הנפגע ממלא תפקיד מסוים בחברה האזרחית. תפקידו הוא של 'נפגע'. במקרים רבים, הוא זה שהתלונן על עבירה שבוצעה בו ושיתף פעולה עם הרשויות כדי שמבצעה ייתפס, יעמוד לדין וייגזר עונשו. גם אם לא התלונן, עדיין מוגדרת העבירה כולה ומתנהל ההליך הפלילי כאשר תפקידו בחברה כ'נפגע' נמצא במוקד ההתייחסות החברתית. והלוא, בלא נפגע אין גם פוגע ואין פגיעה. מולו, נמצאות רשויות מערכת המשפט הפלילי הממלאות תפקידיהן כמונופול, משלב חשיפת הפוגע ועד שלב הפיקוח על ריצוי עונשו. על-פי גישתו של רייכמן, ביישומה על ענייננו, הנפגע יהיה זכאי ליחס העולה בקנה אחד עם מערכת היחסים המכוננת את תפקידו. הבחינה נעשית לאור הציווי הקנטיאני לנהוג באדם כמטרה ולא כאמצעי.¹⁹⁰ הנפגע אינו רק מתלונן, עד, או כל תפקיד משפטי אחר. בראש ובראשונה הוא אדם.¹⁹¹ כדבריו של הנשיא ברק, "כל אדם ... הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה ולא אמצעי להשגת מטרות של הכלל או של פרטים אחרים".¹⁹² לעומתו, השלטון הוא נאמן בלבד, 'ונאמנות מחייבת הגינות'.¹⁹³

¹⁸⁶ ראו למשל בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים - חטיבת זכויות האדם נגד שר האוצר**, דינים עליון 135 (112)2009, פס' 38-39 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ארבל (להלן: בג"ץ **המרכז האקדמי**); דני סטטמן "שני מונחים של כבוד" **עיוני משפט** כד(3) 541 (2001).

¹⁸⁷ ראו הוסטובסקי-ברנדס, לעיל ה"ש 29, טקסט מול ה"ש 60, והישענותה על כתיבתה של Evelin Lindner. גם מובן הכבוד כזכות לאוטונומיה עשוי להיות רלוונטי עבור נפגעי עבירות, כמובן. לפירוט העיסוק ארוך השנים של Lindner במושג ההשפלה ראו www.humiliationstudies.org/whoware/evelin.php.

¹⁸⁸ אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד כחברות בקהיליה המוסרית" **משפט וממשל** ז 469 (2004). פרופסור ברק ציין במפורש את הפגיעה בחיים או בשלמות הגופנית כאחד מארבעת העניינים אשר יכללו בכבוד האדם. כך גם השוויון. ראו אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 138 (הוצאת כתר, 2004).
¹⁸⁹ רייכמן, שם.

¹⁹⁰ לדיון בינוסחת האובייקטיב, דהיינו, הפגיעה באדם כאשר רואים בו אובייקט בלבד, אמצעי, כאשר האדם מאבד את זהותו הסובייקטיבית, והשאלה באם תפיסה זו קשורה להשפלה או לאוטונומיה, ראו מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני - האם גם בישראל?** מעמ' 40 (מחקרי מדיניות מס' 85, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011). וראו בג"ץ **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 186.

¹⁹¹ במילים אחרות, המעמד המיוחד של מתלונן, של עד או של נפגע ישיר רק מחזק את ההכרה בזכותו של נפגע עבירה להליך הוגן, כנגזרת מזכותו לכבוד. אך אינו מכונן אותה. הגורם המכונן אותה הוא עצם פגיעתו כאדם. תימוכין לכך ניתן למצוא אף בהגדרת חוק זכויות נפגעי עבירה, אשר אינו דורשת כלל תפקיד במשפט הפלילי על מנת שיוקנו לנפגע זכויותיו, ראו הגדרת "נפגע" בסעיף 2 לחוק.

¹⁹² בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 769, פס' 3 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1996). עוד ראו ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 188, בעמ' 137; עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 172, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

¹⁹³ בג"ץ **קונטרס**, לעיל ה"ש 37, פס' 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

גישה זו, הבוחנת את מושג הכבוד בהתייחס לחברה ולתפקידו של האדם בה, מאפשרת התייחסות פרטיקולארית לכל אדם על פי נסיבותיו הסובייקטיביות. היא נראית מתאימה ביתר שאת לענייננו, שעה שלעיתים קרובות בעל הזכות מוגדר בידי הרשויות על פי תפקידו בלבד - 'הנפגע' - אף ללא שם. הנפגע מודר מההליך - שלרוב החל בזכותו, - אשר תחילתו בפגיעה פלילית. להתייחסותה של הרשות הוא זוכה, וגם זאת בצורה מוגבלת, באם הוא עד. על פי רייכמן, תפקידו של הנפגע בחברה האזרחית מכונן זכות בסיסית כי הרשות לא תשתמש בכוח הנתון לה באופן הגורם לו סבל ללא הצדק. סבל זה בא לידי ביטוי לא אחת, כפי שתיארנו לעיל, בחוויית 'הקורבנות המשנית' הנגרמת לו בידי המערכת. כבוד האדם אינו מתמצה אך בכך שאין פוגעים בו, על-ידי מתן חירות שלילית. כדי לקיים את כבוד האדם יש לבצע פעולות חיוביות. מכאן שמכבוד האדם, המהווה מושא להגנה גם לפי סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, נובעות זכויות ההליך ההוגן ודרכי הפעלתן.¹⁹⁴ לאור האמור, ולנוכח ההצדקות להכרה בזכויות חוקתיות לנפגעים, יש אפוא להכיר בזכותו של הנפגע להליך הוגן, כאשר הכלי הפרוצדוראלי מהווה 'כלי לשירות הזכות החוקתית'.¹⁹⁵

2. תכולתו של סל זכויות ההליך ההוגן עבור נפגעי עבירה

הזכות להליך הוגן הוכרה זה מכבר כימעשה תצריף של זכויות, כ-אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא' ושתכניהם משתנים.¹⁹⁶ לאור האמור, לא נתיימר לסקור זכויות אלה כולן אלא נציג את אבני הבסיס של סל זכויות זה. את הפירוט נשאיר לכתובה עתידית. בליבן של זכויות ההליך ההוגן ניצבות זכויות היידוע והשימוע, הנגזרות מכללי הצדק הטבעי. את הדרישה להליך הוגן ניתן לקשר גם לחובת ההנמקה והשימוע במשפט המנהלי, סוגיה הרלוונטית לענייננו, לנוכח מציאות בה מרבית ההחלטות הקריטיות מתקבלות בידי גורם מנהלי - רשויות התביעה - ולא בידי בית המשפט.¹⁹⁷ בלב הזכות להליך הוגן מגולמות הזכות להישמע בפני הגורם המכריע; הזכות כי הדברים יושמעו בפני שופט נטול פניות; והזכות לקבלת החלטות מנומקות.¹⁹⁸ Harlow מוסיפה כי זכות ההליך ההוגן מלווה את זכות הגישה לערכאות.¹⁹⁹ זכות אחרונה זו, כפי שהראינו, אינה ניתנת למיצוי לעניין רבות מן הזכויות המשמעותיות של הנפגעים. גם במשפט הפלילי, ליבה של הזכות החוקתית להליך הוגן פרוצדוראלי הוא בזכות ליידוע ולהזדמנות

¹⁹⁴ אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא' 271, 281 (1994); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד 169 (2004).

¹⁹⁵ לקשר בין סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לבין הזכות להליך הוגן ראו עוד עניין ברנס, לעיל ה"ש 14, 375, פס' 34; בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב ההליך הפלילי" 265 המשפט (1996).

¹⁹⁶ דברי השופט לוי בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי באר-שבע, לעיל ה"ש 79, פסקה 24.
¹⁹⁷ ראו יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5 (2002). נציין כי, בדומה לטיעונינו, גם במשפט המנהלי הוכרה החובה כתורמת לטיב החלטות הרשות להבטיח, כי החלטת הרשות תינתן על בסיס כל המידע הרלוונטי ותוך שקילת כל העובדות והנסיבות. רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 265 (1987).

¹⁹⁸ על הקשר בין משפט מנהלי לזכות להליך הוגן במישור הבין לאומי ואל מול שיח זכויות האדם ראו, Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17.1 E. J. I. L. 187, 190 (2006).

¹⁹⁹ שם.

משמעותית להישמע, בטרם תפגע המדינה בזכויות יסוד.²⁰⁰ זכויות היידוע והשימוע הן הכלים הפרוצדוראליים להגשים את ערך השמעת קולו של הנפגע, הנתפס כמטרה בעלת ערך אינטרינזי כשלעצמה. קבלת מידע באשר להליך והזכות להישמע הם האמצעים המינימאליים לשמירה על הליך הוגן, לא רק עבור הנאשם, אלא עבור צד שזכויותיו עלולות להיפגע בצורה כה חמורה.²⁰¹ הזכות החוקתית להליך הוגן היא אפוא בעיקרה, גם באשר לנפגעים, הזכות ליידוע ולהשתתפות הוגנת בהליכים העלולים לפגוע בזכויותיהם, החשופה לביקורת שיפוטית בכל אחד מן השלבים.²⁰² רק בהתקיימן של זכויות פרוצדוראליות אלה תתאפשר השמעת קולו של הנפגע.

מבין קטגוריות העל של זכויות ההליך ההוגן, נראה כי הזכות למידע על ההליך, לרבות מידע על הזכויות המוקנות מכוחו לנפגע, הינה פחות שנויה במחלוקת, משום שלרוב אינה מתנגשת עם זכויות הנאשם. לזכות זו חשיבות רבה, שהרי אין משמעות לזכות טיעון בלא מידע מקדים.²⁰³ כך, למשל, כאשר נאשם מבקש לחשוף רשומות רפואיות של נפגעת. זכותה של הנפגעת לדעת על בקשתו אינה מתנגשת עם זכות הנאשם. זכות אחרת הינה זכותו של הנפגע להשתתף בהליכים, לרבות זכות הטיעון בפני כלל הרשויות הרלוונטיות – רשויות האכיפה והמשפט.²⁰⁴ זכות זו חיונית בתיאוריה כשלנו, משום שמהווה אמצעי להתגונן בפני פגיעה פוטנציאלית בזכויותיו של הנפגע בצמתים חשובים לאורכו של ההליך הפלילי. בלעדי זכות הטיעון, הזכויות החשופות לפגיעה בצמתי ההליך הפלילי, עלולות להיותר חסרות משמעות.²⁰⁵

כנגד זכות הטיעון של האזרח ניצבת חובת השמיעה של הרשות.²⁰⁶ ביישום זכות זו לעניינם של נפגעי עבירה, יש לקחת בחשבון את רכיביה ואת דרכי יישומה. הראל ואילון מטעימים כי לזכות השימוע שלושה מאפיינים: ההזדמנות לקורבן ההפרה להשמיע את עמדתו; החובה של הפוגע בזכות לספק הסבר סביר; ונכונות עקרונית לכבד את הזכות אם יתגלה בהתדיינות כי הפגיעה אינה מוצדקת אחרי הכל.²⁰⁷ הקורבנות המשנית תימנע, כך נטען, רק מקום בו זכות השימוע תהא אמיתית ותלווה בהנמקה. הזכות להישמע אינה גוררת חובה להעדיף את דעתו של הנפגע אך היא מחייבת מימוש

²⁰⁰ Niki Kuckes, *Civil Due Process, Criminal Due Process*, 25 YALE L. & POL'Y REV. 1, 2 (2006-2007) ראו

²⁰¹ השוו טענה זו עם האמירה במשפט האמריקני בדבר הצורך ליידע ולשתף צדדים שזכויותיהם עלולות להיות מושפעות: *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67, 80 (1972).

²⁰² Yuval Eylon and Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991 (2006)

²⁰³ ראו בגי' 656/80 סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185 (1981). כמוכן שגם לעניין המידע יהיו מקרים של התנגשות בין זכויות אשר ידרשו איזון. כך, למשל, כאשר נפגע מבקש חומר רפואי או פסיכיאטרי המתייחס למצבו של הנאשם לצורך תביעה אזרחית. ראו תפ"ח(ת"א) 1070/07 ששון נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 360 (83)2009, בו נקבע כי לנפגעים זכות לגיטימית לקבל גם חומרים אלה לצורך שקילת הגשת תביעה אזרחית.

²⁰⁴ לאמירה כי ההכרה בזכויות שלובה בזכות השימוע ראו Eylon and Harel, לעיל ה"ש 202. לאבחנה בין זכויות לשירותים' (לרבות סיוע ויידוע) לבין זכויות הליכיות', המקנות לנפגע הזדמנות להשפיע על ההליך באמצעות השתתפות בו ראו Andrew Ashworth, *Victim Impact Statements and Sentencing*, [1993] CRIM. L. REV. 498, 499.

²⁰⁵ ראו Beloof, *Enabling Rape Shield Procedures Under Crime Victims' Constitutional Privacy Rights*, לעיל ה"ש 156, בעמ' 292, כי רק מעמד יאפשר לנפגעים לאכוף זכות חוקתית זו.

²⁰⁶ הר-זהב, לעיל ה"ש 197, בעמ' 263.

²⁰⁷ ראו Eylon and Harel, לעיל ה"ש 202.

החובה לשמעו.²⁰⁸ הנפגע רשאי כמובן לוותר על זכותו זו. ואולם, כדי שהזכות תיוותר משמעותית חייבים להתקיים תנאי הסף - על הנפגע להיות מודע למתרחש בשלבי ההליך ולהשלכותיו האפשריות. גם במשפט המנהלי מוקנית חשיבות לדרך יישום הזכות ככזו המבטאת את היחס האנושי והסביר לרגשותיו ולכבודו של הפרט.²⁰⁹ שימוע אמיתי מבטיח שיקול ילבב פתוח ובנפש חפצה,²¹⁰ ומחייב את המדינה לערוך בחינה אינדיבידואלית על-פי נסיבות האירוע הפרטיקולארי.²¹¹

רכיב חיוני אותו נוסיף אנו הוא הביקורת השיפוטית, המבטיחה את מימושה של זכות השימוע.²¹² לכך מצטרפת גם זכות הערעור. הפסיקה העניקה זכות טיעון ואף זכות ערעור לצד שלישי אשר נפגע מהחלטה שיפוטית.²¹³ ברוח רציונאל זה, ראוי ליתן גם זכות ערעור לנפגע שניתנה לו זכות הטיעון. כפי שהסביר Beloof, זכויות חוקתיות משמעותיות לנפגעים חייבות להיות מלוות בזכות עמידה, בסעד למקרה של פגיעה ובביקורת שיפוטית.²¹⁴ חשיבותה של אמירה זו מתחדדת מקום בו לא קיימים סדרי דין ויש לטעון להם או לקדמם בחקיקה, או מקום שזכות הטיעון נתונה בפני הרשות עצמה והנפגע מבקש לפנות לערכאה שיפוטית. כך, לדוגמא, בית המשפט העליון בישראל הכיר בזכות טיעון הנתונה לנפגע עבירה, על אף שהדבר אינו מוסדר בחוק, לעניין פגיעה בפרטיות.²¹⁵ מקרים אלה התעוררו הן לעניין איסורי פרסום הן לעניין בקשות נאשמים לחשיפת חומרים אישיים.²¹⁶ מתן מעמד עצמאי לנפגע מבטא הכרה של בית המשפט כי על אף שלעיתים עשויה התביעה להביע עמדה הדומה לזו של הנפגעת, הנפגעת היא היחידה בעלת האינטרס האישי בפרטיותה, בהגנה על גופה ונפשה ובשיקומה. זכות הטיעון מתחייבת מאופיו של ההליך, באשר הנאשם מבקש חומרים המצויים בידיו של גורם שאינו צד

²⁰⁸ לסקירת הזכות להישמע במדינות ארצות-הברית בשנות השמונים ראו Lamborn, לעיל הי"ש 8, בעמ' 151. סעיף 6 להצהרה בדבר עקרונות בסיסיים של צדק קובעת כי יש להגיב לצרכי הנפגעים, בין השאר, תוך היתר לנפגע להשמיע דברו בשלבי ההליכים בהם מושפעים אינטרסיו הפרטיים, מבלי דעה קדומה נגד הנאשם ובהתאם למערכת המשפט הפלילי המקומית. סעיף 4 קובע את זכות הגישה לערכאות.

²⁰⁹ ראו דותן, לעיל הי"ש 197. ראו גם ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר - כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277 (2005); בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161, 168 (1978).

²¹⁰ ראו בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, פסק דינו של השופט חשין בעניין זכות ההתייעצות במשפט המנהלי (2000). ראו הראל, לעיל הי"ש 69, בעמ' 266. ראו גם בג"ץ 5961/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, לעיל הי"ש 59, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ארבל, שם השתמשה בביטוי 'בלב פתוח ונפש חפצה' לעניין חובת התביעה לשמוע את הנפגעת בנושא הסדר טיעון.

²¹¹ הראל, לעיל הי"ש 69, בעמ' 268. הכותב מבהיר, תוך התייחסות לכתיבתו החוקתית של Tribe, כי זכות השימוע אינה חלה רק בין פרטים, אלא גם מול המדינה. שם, בעמ' 267.

²¹² שם, בעמ' 269.

²¹³ בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (1) 670 (1991). ראו דיון במבחנים: רע"א 1502/11 חברת חזקיהו בע"מ נ' הרב גרשם הרפנס, דינים עליון (110)2011, 99, פס' 6-10 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

²¹⁴ ראו Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights*, לעיל הי"ש 4, מעמ' 275; Beloof, *Enabling Rape*; *Shield Procedures Under Crime Victims' Constitutional Privacy Rights*, לעיל הי"ש 156, בעמ' 292.

²¹⁵ במקרים אחרים, בהם לא היה מדובר בנפגעי עבירה, המדינה היא שהעלתה את טיעון הפגיעה בפרטיות, ולא נדון מעמדו של האדם אשר פרטיותו נפגעה כטוען עצמאי. ראו בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245 (2000); בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684 (2007).

²¹⁶ לצירוף הנפגעת לדיון בעניין פרסום חומרים מתיק בית משפט, הפוגעים בפרטיותה ראו למשל: ב"ש (מחוזי י-ם) 6843/04 מיטלמן נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 2004(45) 999. לעניין חשיפת חומרים אישיים ראו בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ד(2) 454, 459 (2000); בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, דינים עליון (63)2006, 835, פס' ז(5) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין; בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נו(4) 625, 639-663 פס' 10 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2003).

למשפט ועל כן אינו מודע, על פי רוב, אף לבקשה עצמה. זאת, כשחשיפת המידע עלולה לפגוע פגיעה אנושה בזכותו לפרטיות.²¹⁷

לטענתנו, אין להסתפק בהחלטות אלה ויש להחיל את הזכות להליך הוגן על כלל זכויותיהם של הנפגעים. יש לקחת בחשבון את זכותם החוקתית לכבוד בפרשנות זכויות קיימות, בין אם זכויות נפגעים ספציפיות ובין זכויות מכוחם של חוקי היסוד.²¹⁸ כך, למשל, דוגמא להכרה בזכות ערעור התעוררה בפסיקה האמריקנית. בית משפט קבע כי לנפגעת עבירת מין זכות ערעור עצמאית, בהחלטת ביניים, על החלטת בית משפט קמא אשר לא החיל עליה את ההגנות הקבועות בחוק באשר לחשיפת עבר מיני.²¹⁹ בית המשפט, באמצעות פרשנות תכליתית, עיגן את זכות הערעור בכך שהקונגרס חוקק את חוק המגן לטובת הנפגעים. לפיכך, ועל אף שזכות הערעור אינה מופיעה בו במפורש, קבע בית-המשפט כי היא משתמעת כנלווית להגנה על אינטרס הפרטיות עליו ביקש הקונגרס להגן.²²⁰ הערכים המתחרים - יעילות ההליך ושליטת התביעה במשפט הפלילי - נסוגים לפחות לזמן מה, מפני הפגיעה בפרטיות הנפגע.

מרבית הזכויות המוקנות לנפגעים כבר כיום ממילא קשורות לעקרונות של צדק פרוצדוראלי, אולם הן אינן מספיקות, בהיעדר מנגנוני ביקורת שיפוטית וערעור. זכויות אלה מבקשות להעניק להם קול עצמאי, דוגמת הזכות להביע עמדה לעניין הסדר טיעון. הזכות להליך הוגן, אותה אנו מבקשות להחיל, תדאג לנגישותו של הנפגע לערכאות על מנת להבטיח גם את אכיפותה של הזכות, לרבות ערעור מקום בו לא נאכפה. מעבר לכך, יהיו מקרים בהם נפגעים יבקשו לממש את זכות הטיעון על מנת לשכנע בקיומה של זכות. כפי שמטעים הראל, זכות השימוע קיימת במלוא חוזקה לא רק כאשר סב הויכוח סביב שאלת הפגיעה בזכות, אלא גם מקום בו קיימת מחלוקת לעניין עצם קיום הזכות.²²¹

כך למשל, האם ניתן לראות בערר פנימי על סגירת תיק, המוגש לפרקליטות בלא שיהיה חומר החקירה בפני העורר, משום זכות טיעון אפקטיבית? האין זו דוגמא לזכות פורמאלית ריקה מתוכן - המצדיקה פניה לערכאות? הערכים עליהם יש להגן - אוטונומית הנפגע, כבודו העצמי או השוויון -

²¹⁷ הזכות להביע עמדה בהקשר של פגיעה אפשרית בפרטיות, בהקשרים שונים, הוכרה כחשובה בפני עצמה: Michele Estrin Gilman, *Welfare, Privacy, and Feminism*, 39 U. BAL. L.F. 1, 18 (2008).

²¹⁸ ראו למשל לאחרונה ע"פ 9468/10 פלוני נגד מדינת ישראל, דינים עליון 2012 (39) 1303, פס" 6 לפסק-דין של השופט הנדל, המפרש את ההוראה בדבר איסור על חקירה בדבר עבר מיני, לאורן של הזכויות לכבוד ולפרטיות. השופט הנדל מטעים כי 'מטריית כבוד האדם רחבה דיה כדי להגן על שניהם', דהיינו, הנאשם והנפגעת. ראו גם בש"פ 7057/09 פלונת נ' אלמוני, תק-על 2010 (4) 2482 פס" 19 לפסק-דין של השופט מלצר, שם הוא משאיר בצריך עיון את השאלה האם זכותה של נפגעת לבקש הרחקת הפוגע מהווה זכות חוקתית, "הנגזרת מהזכות לשלמות הגוף (והנפש)", או מהזכות לכבוד (לחזור לחיים תקינים, ככל האפשר) - זכויות המעוגנות בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר עשויות לחייב נוסחאות איזון עם הדגשים שונים".

²¹⁹ Doe v United States, 666 F.2d 43, 45 (4th Cir.1981). בית המשפט הורה על ערעור מידי, כהליך ביניים, דהיינו, ערעור רק על ההחלטה הספציפית.

²²⁰ שם.

²²¹ הראל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 267. וכן ראו טענתם של גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 127 בטקסט מול ה"ש 79, כי גם העדר ייצוג בהליך אין משמעו שזכות זו אינה קיימת.

עשויים להיות מקודמים או להיפגע, על פי הדרך בה מגיעה הרשות להחלטותיה.²²² נזכיר עוד כי שלא כמו בארצות הברית למשל, בישראל הזכות להליך הוגן ביחס לנאשמים נגזרה מחוק היסוד, בדרך פרשנות בית המשפט.²²³ פרשנות אשר תקנה לנפגעים את מלוא זכויותיהם, תתבסס גם היא על פרשנות תכליתית ותשקף תנאים חברתיים וציפיות משתנות.²²⁴ אם עמדנו לעיל על המסר הטמון בזכות להליך הוגן, כשיקופם של ערכים חברתיים, הרי שמתן זכות זו לנפגעים ישקף חברה בה שמיעת קולו של הנפגע אינו בחינת סיסמא ריקה אלא זכות משפטית בעלת תוכן, ללא מורא ממתחת ביקורת על רשויות התביעה או מעיכוב מסוים בהתנהלות ההליך הפלילי. אמירה נדירה המכירה בהסדר טיעון בלתי ראוי כפוגע בכבוד האדם של הנפגע ניתן למצוא בדבריה של השופטת חיות בפרשת גרינשפן.²²⁵ יש לגזור מהכרה זו, לדידנו, גם את ההשלכות המשפטיות המחייבות.

לסיום, נדגיש כי דיוננו כאן הינו כללי ועקרוני. כל שביקשנו הוא להציג מתווה כללי תוך שימוש בדוגמאות בלבד. כפי שזכויות ההליך ההוגן בעניינם של חשודים ונאשמים אינן מוגדרות ותחומות באופן מוחלט, כך גם בעניינם של נפגעים.²²⁶ מאמר זה מבקש אפוא לפתוח את הפתח לכתיבה עתידית באשר להיקף הזכות ומשמעותה הקונקרטית, בהקשרים שונים הנוגעים לנפגעי עבירות.

סיכום ומבט לעתיד

חוק זכויות נפגעי עבירה אמנם מקנה לנפגעי עבירה זכויות פרוצדוראליות ואחרות, אך אלה, כפי שתואר, אינן ממצות, אינן נאכפות תמיד והיקפן מצומצם וחסר. קיומן של זכויות אלה אינו גורע מקיומן של זכויות אדם העומדות בפני עצמן לנפגעי העבירה. לפיכך, חוק זכויות נפגעי עבירה ולצידו דברי חקיקה נוספים, קובעים את רף המינימום של הזכויות המגיעות כיום לנפגעים, אך בוודאי שאינם ממצים או מסמנים את הרף המקסימאלי.²²⁷ במאמר זה הצגנו מתווה תיאורטי התומך

²²² ראו Mashaw, לעיל ה"ש 132, בעמ' 81.

²²³ ראו עניין ברנס, לעיל ה"ש 14.

²²⁴ ראו Patricia Hughes, *Defining Access to Justice: The Charter and the Courts (and the Law Commission of Ontario)* 29 NAT'L J. CONST. L. 119 (2011) מציינת כי כבוד האדם הוכר כקונספט המונח בבסיסן של רבות מן הזכויות המוקנות בצ'רטר זכויות האדם הקנדי, אך הוא עצמו אינו בבחינת זכות. בישראל זכות זו מוכרת במפורש, כך שלא מתעורר קושי כאמור.

²²⁵ פרשת גרינשפן, לעיל ה"ש 103, פס' 2 לדברי השופטת חיות.

²²⁶ לגבי נאשמים, כמובן שקיים שוני רב בין מדינות בהגנות המוקנות להם. עם זאת, בלב ההגנה ניתן למצוא את חזקת החפות, הגנה מפני הפללה עצמית, זכות הייצוג, זכות העימות, הגנה מפני חיפושים בלתי סבירים, איסור על חקיקה למפרע, והגנה מפני סיכון כפול. לסקירה של זכויות אלה כפי שהוכרו בבית המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל, ראו BEN EMMERSON, ANDREW ASHWORTH AND ALISON MACDONALD, *HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE*, 273, 348, 440, 615 (2d ed., 2007). להיותה של הזכות בעלת 'רקמה פתוחה' ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 172, פס' 67 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

²²⁷ במספר פסקי דין הובעה עמדה אשר ממנה משתמעת הכרה בכך שחוק זכויות נפגעי עבירה אינו ממצה את זכויות הנפגע כי אם קובע רף מינימום בלבד. בפס"ד גנאמה, לעיל ה"ש 8, נדון סעיף 19 לחוק זכויות נפגעי עבירה, הקובע כי נפגעי עבירה זכאים להביע את עמדתם בכתב בפני וועדת השחרורים לעניין הסיכון הכרוך בשחרור מוקדם של האסיר. השופטת פרוקצ'יה קבעה (בס' 19 לפסק-דינה) כי אין להסיק מהסדר חקיקתי זה כי הוועדה מנועה מלהידרש לטיעונים בע"פ של נפגע, ובתוך כך להיזקק גם לנושאים החורגים מהיבט הסיכון הצפוי משחרור האסיר. בפרשת קצב, לעיל ה"ש 113, קבעו

בהכרה במעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן לנפגעי עבירה, כזכות המגלמת אגד זכויות פרוצדוראליות, קיימות ועתידיות, הנגזרות מזכותו החוקתית של הנפגע לכבוד. ההצדקה להכרה בזכות חוקתית שכזו נשענת, בין היתר, על חובת המדינה להגן על נפגע העבירה הפרטיקולארי מפני פגיעה משנית שעלולה להיגרם לו בידי רשויותיה, במהלך ניהולו של ההליך הפלילי נגד החשוד או הנאשם. הכרה זו חיונית ביתר שאת לנוכח היותם של נפגעי העבירה מיעוט הנעדר ייצוג וכוח מספיקים בהליכי ההשתתפות הפוליטיים, ויש בה כדי להעביר מסר חינוכי וסמלי חשוב בדבר חשיבותן של זכויות הנפגעים.

הכרה במעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן לנפגעי עבירה תבטיח כי זכויות נפגעים לא תוכלנה להירמס בלא בקרה ובלא יכולת להשיג על פגיעה בהן. הכרה במעמדן החוקתי של אגד הזכויות המגולמות בזכות להליך הוגן תבטיח כי פגיעה בזכויות אלה תידרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, דהיינו תוכל להיעשות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. כך, למשל, אם במסגרת הדיונים בהבניית ענישה תפגע זכותו של נפגע להביע עמדה לעניין העונש באמצעות הצהרת נפגע בלא שתילקח בחשבון חשיבות הנושא, תהא חשופה פגיעה זו לביקורת שיפוטית.

חשיבותן של ההצדקות התיאורטיות להכרה בזכות החוקתית של נפגעי עבירה להליך הוגן משתקפת ביצירת מסגרת נורמטיבית לבחינת כלל זכויות נפגעי העבירה, הן עכשוויות הן עתידיות, בין בפרשנות ובין בחקיקה. מסגרת זו היא הדרך המיטבית לצקת את מלוא המשמעות לתפיסה הקנטיאנית של הזכות לכבוד, לפיה לא ניתן להתייחס לנפגע כאל כלי שרת בלבד בידי מערכת המשפט הפלילי. אף כי חשיבותן של מטרות תועלתניות - שעניינן קידום תלונות עתידיות והגברת שיתוף הפעלה של נפגעים פוטנציאליים עם המערכת - הינה רבה, הרי שמטרות אלו נלוות למטרה הראשונית, שעניינה מתן משמעות אמיתית ומלאה לזכויות האדם של נפגעי העבירה. קריאתנו להכיר בזכויות חוקתיות לנפגעי עבירה משקפת, אפוא, תפיסה ליברלית של זכויות האדם. על בסיס אותו רציונאל של ליברליזם עכשווי, אשר מכוחו הוצדקו זכויות חוקתיות לנאשמים, אנו מבקשות להצדיק הכרה בזכויות חוקתיות לנפגעים.²²⁸

השופטות ביניש ופרוקציה, כי אמנם אין לנפגע עבירה זכות טיעון לעניין סגירתו של תיק חקירה עובר להחלטה אלא במסגרת ערר לפי סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], אך לשון החוק אינה מונעת מתובע להידרש לעמדת נפגע עבירה אף מעבר לחובה הקבועה בחוק, גם אם לא ניתן לחייבו לעשות כן. בבש"פ 2476/09 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 20.3.09) נדון סעיף 10 לחוק זכויות נפגעי עבירה המאפשר לנפגעת עבירת מין או אלימות לבקש עדכון בדבר מאסרו או שהייתו במשמורת חוקית של חשוד. השופט רובינשטיין קבע כי החוק אמנם אינו מקנה זכות להביע עמדה לעניין מעצר או שחרור החשוד לחלופת מעצר, אך היעדר זכות זו אינו מונע מהנפגעת לבקש מביהמ"ש לתת דעתו לעמדתה. לעתים עמדתה של הנפגעת תהיה הכרחית כדי להכריע בשאלת המעצר. אל מול פסיקות אלה ניתן למצוא פסיקה הקובעת, כי מה שאינו מנוי בחוק זכויות נפגעי עבירה אינו קיים בגדר "זכות". ראו פרשת **חמוד**, לעיל הי"ש 126, פסק-דין של השופט לוי. לבני משפחתו של נפגע עבירה לא עומדת זכות מוכרת בדין כי תישמע עמדתם לעניין הפסקת הליכים נגד הנאשם בפגיעה בקרובם קודם שתתקבל החלטה. מכלל ה"ה"ן" שמשמיעות הוראות חוק זכויות נפגעי עבירה נשמע הלאו באשר להיבטים אחרים של מעורבות נפגעים בהליך המתנהל.

²²⁸ להכרה בתחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במשפט הפלילי הן על נאשם הן על הקורבן ראו פרשת **גנימאת**, לעיל הי"ש 13, פסי' 10-11 לפסק-דין של השופט (כתארו אז) ברק. עוד בהקשר זה ולביקורת על האיזון הבלתי ראוי עדיין שבין כבוד הנאשם לכבוד הנפגע ראו עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי - האיזון שבין זכויות הנאשם לזכויות קורבנותיו" **ספר שמגר** חלק ב' 255 (2003). לטיעון המסביר מדוע זכויות נפגעים הופרדו, באופן מלאכותי, מזכויות

אחד החששות המועלים בהקשר להכרה בזכויות חוקתיות לנפגעים הוא הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות נאשמים, העלולה להילוות להכרה זו. ואולם, האיזון בין זכויות נאשמים לבין זכויות נפגעי עבירה אינו מהווה בהכרח משחק "סכום אפס". אלה ואלה חשובות וראויות. לעתים זכויות נפגע העבירה כלל אינן מתנגשות עם זכויות הנאשם. כך, למשל, כאשר אינטרס הנפגע והנאשם עולים בקנה אחד,²²⁹ או כאשר אינטרס הנפגע הוא בקבלת מידע, שאינו משפיע על זכויותיו של הנאשם. השאלות הקשות מתעוררות, אם כן, בשלב עריכת האיזונים בין הזכויות, רק באותם מקרים בהם הן מתנגשות.

במאמר זה לא דנו בגבולות הזכות להליך הוגן עבור נפגעי עבירה. אתגר זה עומד לפתחה של הכתיבה העתידית בתחום. מהו היקפה הראוי של הזכות ומתי ראוי יהיה להגבילה? אילו אמות מידה ראוי לאמץ על מנת לקבוע את חוקתיות הפגיעה בזכות? כראשית מחשבה, המחייבת פיתוח ועיון מעמיקים, יתכן שראוי יהיה לערוך איזונים באמצעות מתן זכויות שונות בשלבי השונים של ההליך, בהתאם לתחולתה ולעוצמתה של חזקת החפות בשלבים הרלוונטיים. כך, למשל, ניתן להציע כי ככל שמדובר עד שלב ההרשעה, עת שחזקת החפות חלה, תיסוג זכותו החוקתית של נפגע העבירה מפני זכותו החוקתית של הנאשם, במקרים בהן מתנגשות זכויות בעלות תחולה אנכית.²³⁰ לעומת זאת, בשלבים שלאחר ההרשעה, יימצא איזון אחר בין הזכויות, כדוגמת איזון אופקי המאפשר לתת משקל לשתי הזכויות, גם אם באופן בלתי שווה. אפשרות אחרת היא לקבוע את היקפן האפשרי של זכויות הנפגע על פי עוצמת האינטרסים של הנפגע בשלבי השונים של ההליך.²³¹ Lamborn מטעים כי אינטרס הנפגע לשמוע את הסיפור במלואו הופך כמעט כל שלב שיפוטי לקריטי עבורו, לפחות לעניין זכותו להיות נוכח. לעומת זאת, אינטרס הנפגע בביטחון האישי יהיה רלוונטי בשלבי מעצר טרום-משפטיים ולעניין תנאי מעצרו של החשוד. לדעתו, אינטרס הנפגע כי הסיפור המלא יישמע משפיע גם על זכותו להישמע, לא רק להיות נוכח, בשלבים רבים של ההליך, מטרום המשפט ועד לגזר דין.²³² עוצמותיהם המשתנות של האינטרסים בשלבים השונים עשויים להקרין אפוא על היקפן של הזכויות באותם מקרים בהם הן מתנגשות עם זכויות הנאשם. חוק זכויות נפגעי עבירה מכיר כיום בזכויות שונות לנפגעים שונים, על פי מדרג התאמה בין חומרת העבירה לבין היקפן של הזכויות. האם משתמע מקריאתנו להכיר בזכותם החוקתית של נפגעים להליך הוגן כי על זכות זו לחול על כלל נפגעי העבירות, בלא הבחנה ביניהם על-פי חומרת העבירה ממנה נפגעו? האם ראוי לאבחן בין נפגעים של

אדם מקום בו אין לערוך הפרדה זו ראו Sam Garkawe, *Victims rights are Human Rights*, Presentation on the 20th anniversary celebration of the 1985 UN Victims Declaration, Canberra (2005).

²²⁹ ראו למשל עניין **מיטלמן**, לעיל ה"ש 216, החלטה בה נאסרו לפרסום חומרי חקירה מחקירתו של אלי פימשטיין בגין רצח הילדה הודיה. בית המשפט קיבל את טענותיה של אם הנרצחת, רוני קדם, אולם גם עמדתו של פימשטיין עצמו הייתה נגד פרסום החומרים. ראו גם בג"ץ 5968/11 **הסניגורית הציבורית הארצית נ' מדינת ישראל**, דינים עליון 2012(56) 1022, בו הסכימה הפרקליטות למתן דגימות ראיות לאחר שנפגעת העבירה הסכימה לכך, וכן מקרים בהם נפגע העבירה מבקש להקל בעונשו של הפוגע בשלב גזר-הדין.

²³⁰ לדין בשאלות הקשורות לפתרון התנגשויות בין זכויות חוקתיות ראו ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 115-123.

²³¹ Lamborn, לעיל ה"ש 8, בעמ' 198-199.

²³² שם.

עבירות שונות? להכרה במעמדה החוקתית של זכות עשויה להיות השלכה על תחולתה של הזכות בהיבט של עקרון השוויון. מעניין כי הצהרת האו"ם, למשל, קבעה כי זכותם של הנפגעים ליידוע באשר להליכים בעניינם תחול במיוחד במקרים בהם הפגיעה נבעה מביצוע פשע חמור.²³³ ואולם, לעתים גם עבירות שאינן בהכרח החמורות ביותר, דוגמת עבירות רכוש ומרמה, עלולות לגרום נזקים קשים דווקא לאוכלוסיות חלשות הזקוקות להגנה מוגברת, כדוגמת קשישים.²³⁴ מאמר זה פותח את הפתח להמשך מחקר עתידי בשאלות אלה ואחרות, הנובעות מן הטענה אותה ביקשנו לבסס במסגרת זו בדבר הצורך להכיר בזכותם החוקתית של נפגעים להליך הוגן.

²³³ ראו הצהרת האו"ם, לעיל ה"ש 180, סעיף 6. גם תחולת זכויותיו של נאשם עשויה להיקבע בהתאם לחומרת עבירתו. כך, למשל, פסק בית המשפט העליון האמריקאי כי זכות לייצוג (הקבועה בתיקון השישי לחוקה), תחול על עוונות רק מקום בו צפוי הנאשם לעונש מאסר (1979) 440 U.S. 367, 373-374. *Scott v Illinois*.

²³⁴ ראו למשל נזקיהם של נפגעי העבירה בפרשת **בועז יונה**, לעיל ה"ש 124.