

כ"ג באדר א' תשפ"ב; 24.2.2022

תזכיר חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי –

הערות על הנוסח המוצע

עו"ד אריאל ארליך; ד"ר אביעד בקשי

ראשית נבקש לברך על יוזמה חשובה זו של עיגון זכויות נאשמים ונחקרים בהליך פלילי.

פורום קהלת רואה חשיבות רבה בהגנה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי – בחקירה, באיסוף ראיות, במעצר ובהליך הפלילי גופו. הצעת חוק היסוד הנדונה אכן מתייחסת לכלל הזכויות הללו, ואנו מברכים על המגמה העקרונית.

עם זאת אנו סבורים שההצעה הנוכחית סובלת מחסרונות כבדים. לדעתנו ההצעה הנוכחית מחמיצה את מטרתה ואף פוגעת בה. בדברים שלהלן נבקש להעיר על התזכיר שפורסם, הן במישור הכללי-עקרוני והן לחלק מן הסעיפים עצמם, מתוך רצון לסייע למהלך חשוב זה להגשים טוב יותר את מטרתו – ביצור זכויותיהם של נחקרים ונאשמים בהליכי חקירה ומשפט.

תמצית: מטרתה של הצעת החוק ראויה ללא ספק – לחזק את ההגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך הפלילי, אולם היא צפויה בוודאות להביא לתוצאה הפוכה.

הגנה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי חייבת להיעשות באמצעות הסדרים פרטניים, בהירים ופשוטים. זאת לשלוש מטרות: להכווין באופן אפקטיבי את התנהלות רשויות האכיפה ולסמן את גבול סמכותן; להבהיר לכל אדם את זכויותיו; ליצור שוויון, צפיות ושקיפות באכיפה.

חקיקת-יסוד אמורה לקבע כללי יסוד בשיטה, לקבוע מסגרת מגבילה למחוקק, ולהעלות את הדרגה הנורמטיבית של הוראות ספציפיות מסוימות. לכן היא חייבת להיות ברורה וחד משמעית. עליה להקטין את מרחב אי-הוודאות וחופש הפעולה של הרשויות, לרבות בתי המשפט, ולמנוע חוסר צפיות וחוסר שוויון.

הצעת חוק היסוד הנוכחית עושה בדיוק ההיפך: היא גדושה בהצהרות חגיגיות ועמוסה מונחי שסתום ובכך מזמינה את רשויות האכיפה (ובתי המשפט בכלל זה) לפרש את הוראותיה וכל הוראה חוקית באופן גמיש, בלתי צפוי ובלתי אחיד. היא מעניקה לרשויות האכיפה שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל. תחת הכפפת ההליך לכללים ברורים היא יוצרת מרחב אי ודאות – אמנם חגיגי אך פוגעני ביותר.

חוק-יסוד שתכליתו הגנה על זכויות בהליך פלילי שונה מחוק-יסוד אחר המבצר זכויות אדם. אם ייצור חוסר בהירות משמעות הדבר פגיעה ישירה בנחקרים ונאשמים והחלשתם אל מול מערכת האכיפה העוסקת מעצם טבעה בפגיעה בחירויות יום-יום.

בד-בבד, אין להתעלם מהאתגרים הייחודיים של מדינת ישראל ויש להישמר מקביעת הוראות שיפגעו ביכולת ההתמודדות עם טרור ואיומים ביטחוניים.

אין מחלוקת על החשיבות הרבה בעיגון של נורמות בתחום ההליך הפלילי, אולם יש להימנע מחקיקה בסגנון המוצע שנזקה רב מתועלתה.

א. המאפיינים הנדרשים מהוראות חוקתיות בהקשר של הגנה על זכויות בהליך פלילי

הציפייה המרכזית מחקיקה המסדירה זכויות חשודים ונאשמים במשפט הפלילי היא לקבוע **הסדרים פרטניים, בהירים ופשוטים** ככל הניתן, וזאת לשלוש מטרות. האחת – להכווין באופן אפקטיבי והחלטי את התנהלות רשויות האכיפה הפלילית בהפעלת סמכויותיהן. השנייה – להבהיר לכל אדם את זכויותיו כדי שידע להגן על חירותו, פרטיותו, זכותו להימנע מהפללה עצמית וכיוצא באלו. השלישית – ליצור שוויון, צפיות ושקיפות באכיפת הדין ובהתנהלות רשויות האכיפה.

כדי להגשים את המטרות הללו יש ליצור הסדרים ברורים הקובעים את המותר והאסור. לצדם יש גם לקבוע תרופות וסעדים ספציפיים שיש בהם כדי להרתיע את רשויות החוק מפני הפרת ההסדרים. כללים ברורים ובהירים בתחום הפעלת סמכויות האכיפה, לצד תרופות וסעדים מחייבים, הם **תנאי הכרחי** להגנה אפקטיבית על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי.

חוק-יסוד, בניגוד להסדרים החקיקתיים הפרטניים, הוא כללי באופיו. תפקידו הוא לקבוע זכויות או להצהיר על כללי-יסוד בשיטה משפטית נתונה ברמה חוקתית. תפקיד אחר של חוק-יסוד הוא להגדיר את גבולות מרחב הפעולה של המחוקק בקובעו הסדרים פרטניים. תכלית נוספת שיכולה להיות לו היא העלאת הדרג הנורמטיבי של הוראות מסוימות לרמה חוקתית. אשר על כן אנו סבורים שחוק-יסוד חייב להתאפיין במאפיינים הבאים:

- א. עליו להעניק מסגרת בלבד להוראות פרטניות שיבואו בעקבותיו.
- ב. עליו להימנע מהגדלת מרחב אי-הוודאות, שיקול הדעת וחופש הפעולה של הרשויות, ובכלל זה בתי המשפט.
- ג. עליו לקבוע עקרונות וערכי יסוד באופן שאינו גורם לטשטוש ומבוכה כי אם לוודאות.

קביעת הסדרים חוקתיים הניתנים לפרשנות גמישה בתחום ההליך הפלילי תגשים מטרה **הפוכה** מזו שמבקשת ההצעה להגשים. תחת הגנה על זכויות חשודים ונאשמים היא תעניק, בעיקר, זכות והיתר לרשויות האכיפה הפלילית להפעיל שיקול דעת **כמעט בלתי מוגבל** באשר לתוכן הזכויות שחשוד או נאשם זכאים להן בפלילים, או באשר לחובותיהן כלפיו במקרה קונקרטי. בד-בבד היא תוביל לכך שבתי משפט יתוו כרצונם את גבולות המותר והאסור תוך נטילת מרחב פרשני לחוקי הפרוצדורה הפלילית הספציפיים, בהשראת פרשנותם את ה"עקרונות" שבחוק-היסוד.

ההגנה על זכויות הפרט בהליך הפלילי אינה יכולה להסתמך על התקווה שלפיה רשויות האכיפה (ובכלל זה המשטרה, התביעה הכללית, ואף בית המשפט) יפעילו שיקול דעת נאות או הוגן בעת הפעלת סמכויותיהן הפליליות, כי אם אך ורק בהצבת גבולות חקיקתיים ברורים בפני רשויות אלה בהקשרים רלוונטיים נדרשים. לכן, יותר משנדרשת הצהרה חוקתית בדבר זכויות חשודים או נאשמים בפלילים, נדרשת הסדרה חקיקתית מפורטת, שיש בה שרטוט גבולות האכיפה הפלילית והטלת חובות קונקרטיות על רשויות האכיפה בנושאים הרלוונטיים שעל הפרק. לא מתן או הרחבת שיקול הדעת לרשויות האכיפה נדרש אפוא בענייננו, כי אם הגבלתו. **במובן זה אנו סבורים שהצעת חוק היסוד מחמיצה את העיקר, ובכל הכבוד אנו חוששים כי נזקה יהיה רב לאין שיעור על תועלתה**, כפי שנדגים ונפרט בהמשך הדברים.

יש להעיר כי בכך שונה חוק-יסוד שנועד להגן על זכויות בהליך פלילי מחוק-יסוד המבצר זכויות אדם באופן כללי. עמימות וכלליות עלולים להיות פתח לחוסר ודאות חוקתית בכל חקיקת יסוד. הן עלולות לגרום להתנגשויות מיותרות בין הרשויות המחוקקת והמבצעת לבין המחוקקת. אולם בתחום ההגנה על זכויות נאשמים חוסר בהירות חוקתית חמורה שבעתיים. היא איננה רק פתח להתנגשות בין הרשויות כי אם לפגיעה ישירה בנחקרים ונאשמים, שכן היא תעניק כוח בלתי מוגבל לרשויות האכיפה

העוסקות מעצם טבען בפגיעה בחירויות הפרט יום-יום, ותהפוך את הפרוצדורה הפלילית, שהיא ליבו של הפעלת הכוח הפוגעני השלטוני, לתחום בלתי צפוי ונטול כללים.

ב. התייחסות פרטנית להוראות מסוימות בהצעת חוק-היסוד

הצעת חוק-היסוד כוללת סוגים שונים של הוראות, ובהן הוראות כלליות המתייחסות למסגרת הערכים החוקתית הכללית שביסוד חוקי היסוד בישראל; הוראות שקיימת לגביהן הסדרה חקיקתית (חלקית או מלאה) בחקיקה רגילה; והוראות חוקתיות הנוגעות לתחולה, יציבות ונוקשות הוראות חוק היסוד המוצע. ההערות שלהלן יתייחסו להוראות שונות אלה לפי סדר זה.

1. הוראות כלליות ביחס למסגרת הערכים החוקתית בישראל:

הביקורת שהוצגה לעיל בחלק א' של נייר עמדה זה נוגעת במיוחד לסעיפים בעלי תוכן כללי שנכללו בנוסח טיוטת חוק היסוד המוצעת. סעיף 1 וסעיף 2 לטיוטה זו הם דוגמאות מובהקות לכך: הכרזת סעיפים אלה, שלפיה זכויות האדם בישראל יכובדו "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" או יעוגנו בחוק היסוד כביטוי ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", אינה מציעה כל תוכן פוזיטיבי באשר לתוכן הקונקרטי של זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. הלכה למעשה, יותר משהיא עשויה להגן מפני פגיעה בזכויות כאמור, היא מאפשרת פגיעה כזו על יסוד הטענה הכללית – שאין לה כל שיעור או מידה – שלפיה בכוחם של ערכים מופשטים אלו להצדיק פגיעה בכל הקשר שהוא. אשר על כן, בניגוד לחוקי היסוד העוסקים בזכויות פרט כלליות, עיגון של הצהרות אלו (הראויות כשלעצמן) במסגרת חוק-יסוד זה אינה רצויה. אין בה דבר שיכול להועיל בדבר לחשודים ולנאשמים בהליך הפלילי, ומצד שני היא עלולה לפתוח פתח לפרשנות לא צפויה של הכללים הפרטניים הקבועים בחוקי הפרוצדורה הפלילית.

יתירה מכך, הדיבור בסעיף 2 ולפיו מטרת החוק היא "להבטיח כי הגשמת תכליות ההליך הפלילי תעשה תוך הגנה על זכויות היסוד של האדם בהליך זה" צפויה להביא לתוצאה הפוכה ממטרתו המוצהרת של החוק. רשויות האכיפה השונות נוטות מטבען לבסס באופן שגרתי את ההצדקה לפגיעה בזכויות חשודים או נאשמים בצורך להגן או לקדם תכליות מתחרות שונות של ההליך הפלילי (כגון תכלית בירור האמת; עשיית צדק עם נפגע עבירה; הצורך בהגנה אפקטיבית על ערכים חברתיים חשובים; וכדומה. כולן תכליות רצויות ללא ספק). ההכרזה כי מטרתו של חוק-היסוד היא הגשמת תכליות כלשהן בדרך כלשהי עלולה לאפשר הכפפה של כל הוראה חוקית לתוכן שייצקו למונח "תכליות" או למונח "זכויות היסוד של האדם", ובהתאם לאיזונים שיחליטו לעשות ביניהם. הלכה למעשה, מדובר בסעיף המעניק מרחב תמרון פרשני בלתי צפוי לרשויות האכיפה השונות בעת הפעלת סמכויותיהן בשלביו השונים של ההליך הפלילי. לחלופין היא מזמינה את בתי משפט ליצוק תוכן פרשני יצירתי לכל הוראת חוק ולכל פרוצדורה. אין כל תועלת בקביעת סעיף זה בחוק-יסוד. הצהרה חגיגית זו איננה מועילה להגשמת ודאות, צפיות, שוויון ובהירות.

סעיף 12 להצעת חוק היסוד מספק דוגמה לדרך הראויה לניסוח הוראות בחוק-יסוד. סעיף זה קובע כי "נפגע עבירה כהגדרתו בחוק, זכאי לכך שההליך הפלילי בעניין העבירה שממנה נפגע יתנהל באופן שיבטיח שמירה על זכויותיו על פי כל דין, והגנה על כבודו כאדם". הגבלת הזכויות לפי נוסח זה לנפגע עבירה כ"הגדרתו בחוק" ולשמירה על זכויותיו "על פי כל דין" (במובחן מן ההיגד המופשט של "הגנה על כבודו כאדם"), מציעה תכנים בהירים, תחומים וברורים לזכויותיו של נפגע עבירה בהליך הפלילי,

וזאת משום שהיא מעגנת אותם בהסדרים קונקרטיים שנקבעו מפורשות **בדין** (בהנחה, כמובן, שהדין הפרטני אכן מסדיר באופן מספק את הזכויות הנדונות ושתוכנו בהיר במידה הנדרשת). יש לציין כי בכל הנוגע לזכויות חשודים, נחקרים ונאשמים שבהן עוסקת הצעת החוק לא מצאנו בנוסח ההצעה ניסוח דומה או מקביל, למעט במידה מסויימת בסעיף 10(א) להצעת חוק-היסוד.¹

סיכומו של דבר, הסדרה חוקתית הנוקטת במונחי שסתום מעורפלים כשאין בצדה חקיקה מקיפה ופרטנית בעניינה של כל זכות מן הזכויות שהצעת חוק-היסוד דנה מפנה אליה, צפויה להזיק לעניינם של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי יותר מאשר להביא להם תועלת.

2. הוראות שקיימת לגביהן הסדרה חקיקתית רגילה:

סעיף 9(ב) להצעת חוק-היסוד קובע כי "כל חשוד, נאשם או נידון זכאי להיות מיוצג בידי עורך דין ולהיוועץ בעורך דין בכל הליך פלילי בעניינו בפני רשות שיפוטית". הענקת זכות כזו (ככל זכות אחרת) עשויה להתפרש כהטלת חובה על המדינה לממן, על חשבונה, את ייצוגו של כל חשוד או נאשם בהליך פלילי. מעבר למשמעות שעשויה להיות, כמובן, לסעיף זה על תקציב המדינה, סעיף זה מנוגד לכאורה להסדרה החקיקתית שנקבעה בסעיף 18 לחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995, הקובע את התנאים לזכאות לייצוג על ידי סניגור ציבורי ששכרו משולם מקופת אוצר המדינה. ככל שהכוונה היא להציע שינוי במדיניות הזכאות לייצוג ציבורי בהליך הפלילי ראוי שהסדרה כזו תיעשה במסגרת חקיקה פרטנית רגילה (כגון בחוק הסניגוריה הציבורית) ולא במסגרת חוק-יסוד.

דוגמה נוספת היא זו שנקבעה בסעיף 10(ג) להצעת חוק-היסוד, שלפיה "כל עצור זכאי שיבואוהו בהקדם האפשרי בפני רשות שיפוטית". הוראה זו יוצרת עמימות בנושא שהוסדר באופן מפורט, בהיר ודקדקני, בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, אשר קובע לוחות זמנים ברורים, תחומים ומוגדרים להבאתו של כל עצור בפני רשות שיפוטית בשלבי המעצר השונים. השימוש שעושה הצעת החוק במילים "בהקדם האפשרי" צפוי לפגוע בכוחה של הסדרה פרטנית זו: הוא מאפשר לרשויות האכיפה להצדיק אי-עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו בחוק המעצרים בטענה כי העציר הובא בפני רשות שיפוטית "בהקדם האפשרי" שהיה בידה להביאו. אי-עמידה של רשויות המדינה בהוראות חוק המעצרים אינה חזון נפרץ, אולם היא איננה דבר נדיר. בעוד שכיום בית המשפט מתייחס לכל אירוע מסוג כזה כהפרת חובתה לפי דין של רשות האכיפה הרלוונטית, הסעיף המוצע בחוק-היסוד עשוי לאפיין מצב זה כמותר לפי דין. זו אפוא דוגמה מובהקת לפגיעה שעשויה להיות להסדרה חוקתית עמומה בזכויות פרט מן הסוג הנדון במקרה הפרטי.

סעיף 13 להצעת חוק-היסוד מספק אף הוא דוגמה טובה. הסעיף קובע כי "אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, אכזרי או לא אנושי". כל אחת מן הקטגוריות יכולה לסבול פירושים רבים, כך שהוראה זו פותחת פתח כפתחו של אולם להתערבות שיפוטית בכל ענישה ובכל חקיקה. אשר על כן, אף שסעיף דומה קיים בחוקות מערביות שונות, רצוי שלא לקבעו בנוסח זה בחוק-יסוד. אם ישנו רצון לבטל את האפשרות לעונש מוות הרי שיש לעשות זאת באופן ישיר בתיקון דברי החקיקה הרלוונטיים, ולא באמצעות קביעת הוראה שאין לדעת את השלכותיה.

¹ סעיף זה קובע כי "מעצר ייעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין". בהקשר זה ראוי לציין כי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו – 1996, מסדיר באופן מקיף ומפורט את כללי המעצר המחייבים וזכויותיו השונות של העציר בכל שלביו הרלוונטיים של ההליך הפלילי. בה במידה, גם זכויותיו של נפגע עבירה הוסדרו בחוק מקיף ומפורט – חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א – 2001. אין זה מקרה, כך לדעתנו, כי הסעיפים הנזכרים בהצעת חוק היסוד הנוגעות לזכויותיהם של נפגעי עבירה ועצורים נוסחו בדרך האמורה: במקום שבו קיימת הסדרה חקיקתית מקיפה והמפורטת אין צורך אל ביישום הוראות הדין המפורטות הרלוונטיות.

גם הוראת סעיף 14 להצעת החוק, הקובעת כי "מימוש הזכויות של קטין לפי חוק-יסוד זה, ייעשה גם בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו; היה הקטין חשוד, נאשם או נידון, יינתן משקל ראוי לטיפול בו ולשילובו בחברה, בעת הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו", מעוררת קשיים דומים. ראשית, מדובר בנושא כבד משקל שאין בהוראה חוקתית תמציתית מסוג זה כדי לחדש לגביו דבר או כדי להכווין באופן בהיר את רשויות האכיפה. יתר על כן, סוגיות דרכי ושיקולי הענישה של קטינים הוסדרו בדברי חקיקה ייעודיים שנועדו להסדירן; וככל שישנן סוגיות שלא הוסדרו – אלה ראוי להן שיתווספו לחקיקה ייעודית מפורטת זו.² ואולם, ככל שענייננו הוא בזכויות בתחום המשפט הפלילי המהותי (כגון כללים הנוגעים להטלת אחריות פלילית על קטין) – הרי שמעבר לעובדה שיש בהוראה זו כדי לפגוע בתוקפן של הוראות חוק מפורשות אחרות,³ יש בנוסח הכללי של סעיף זה גם כדי להביא ליישום שרירותי, בלתי שוויוני ובלתי עקיב, בעניינם של קטינים שונים ובנושאים רבים ובלתי מוגבלים בתחום זה.

בדומה לכך, גם הוראות סעיף 4 להצעת חוק-היסוד שעניינן ב"עיקרון החוקיות" לוקות בבעיה האמורה. תוכנן של הוראות אלה כולן מוסדר בסעיפים שונים בחוק העונשין, התשל"ז-1977. ואולם, הוראות הצעת חוק היסוד בסעיף זה מנוסחות בדרך שונה (כמו גם תמציתית יותר) מזו של נוסח הוראות חוק העונשין המקבילות להן. עניין זה מעורר אי-בהירות באשר לטיב ההסדר המחייב בהקשר לכל הוראה ולאופן יישומה במקרה הפרטי. הבעיה אינה טמונה רק בשאלה אילו מבין ההוראות או הניסוחים מקל או מחמיר יותר עם חשודים ונאשמים, אלא בעמימות שהצעת חוק-היסוד יוצרת בהקשר זה ביחס לטיבן של הזכויות הרלוונטיות או בשאלת היקפן. עמימות זו כאמור אינה פועלת לטובתם של חשודים או נאשמים, שכן במקום שבו טיבה או היקפה של זכות אינם בהירים דיים ניתן לעולם להטיל ספק בקיומה או תחולתה של הזכות בכל הקשר קונקרטי.

בנוסף לכך, חלק מהוראות סעיף 5 עושות שימוש במושגים שתוכנם הספציפי אינו בהיר ואף שנוי במחלוקת. סעיף 5(א) להצעת חוק היסוד, למשל, הקובע כי "לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה", הוא דוגמה טובה לכך: תוכן המושג "אשמה" בפלילים רחוק מלהיות קונצנזואלי, ונהוג לפרש וליישם אותו באופנים שונים בשיטות משפט שונות.⁴ לכן, ככל שהמושג "אשמה" שבסעיף זה מכוון ליסוד הנפשי הנדרש להתגבשותה של עבירה, הרי שבעניין זה קיימת הסדרה חקיקתית פרטנית בסעיפים 20-21 לחוק העונשין – שכל המוסיף עליה רק גורע; וככל שהשימוש במושג זה מכוון למחוזות אחרים הרי שתוכנה, טיבה, או היקפה של הוראה זו אינו ברור כלל, באופן המאפשר קבלת הכרעות והחלטות שיפוטיות סובייקטיביות ובלתי צפויים.

סעיף 8 להצעת חוק-היסוד מעורר קושי אחר ונוסף: סעיף-קטן 8(א) קובע כי "כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה פלילית", וסעיף-קטן (ב) כי "כל נאשם זכאי שלא יכפו עליו להעיד בפני רשות שיפוטית בהליך פלילי בעניינו". זכויות אלה, המכוונות בעגה המשפטית "זכות השתיקה", מצויות בליבת אשכול הזכויות שמהן זכאים חשודים ונאשמים בפלילים ליהנות בכל שיטות המשפט המערביות-הדמוקרטיות. אלא שהאתגר העיקרי הנוגע לקביעת טיבן של זכויות אלה או היקפן

² כגון ההסדרים שנקבעו בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א – 1971. הוראה אחרת היא זו שנקבעה בסעיף 40ט(ב) לחוק העונשין, המפנה לעצמה לחוק הנוער הנזכר, שהוראה חקיקתית ליישומה בתחום ענישת קטינים נקבעה בסעיף קטן (א) של סעיף 40טו הנזכר. סעיף 40ט(ב) קובע הוראה הדומה באופייה לזו המוצעת בספת סעיף 14 להצעת חוק היסוד, באופן המייתר אותה לעצמה.

³ כגון הוראת סעיף 134 לחוק העונשין, הקובעת כי קטין מעל גיל 12 שנה כשיר לשאת באחריות פלילית (המדובר ב"כלל אצבע", שהוראה חוקתית מן הסוג שנקבע בסעיף 12 להצעת החוק פותחת אותו לדיון פרשני-חוקתי).

⁴ הדין הפלילי הקונטיננטאלי (רוב מדינות אירופה) משתמש במושג זה באופן השונה לחלוטין בתוכנו מזה שנהוג לייחס לו בשיטות משפט אנגלו-אמריקניות. בחוק העונשין הישראלי אין הגדרה או התייחסות מפורשת לטיבו או תוכנו של מושג זה – עובדה המקשה, כמובן, עוד יותר על הבנת תוכנו בהצעת חוק היסוד הנדונה.

הראוי אינו טמון בניסוח הצהרה חוקתית בדבר ההכרה העקרונית בהן, אלא, בעיקר, בקביעת ההסדרים הפרטניים הקשורים ביחס שבין זכויות אלה לבין השלכותיהן הראייתיות. וכך, במדינות שונות קיימים הסדרים פרטניים ביחס לאפשרות, כמו גם לתנאים, לזקוף לחובת נאשם את השימוש ב"זכות השתיקה" כתוספת ראייתית נגדו (מסוג "סיוע" או "חיזוק") בשלב ההליך הפלילי העיקרי. מדובר בסוגיה מורכבת, שרק הסדרה חקיקתית ספציפית ומפורטת, המתייחסת להקשרים קונקרטיים של מימוש זכויות אלה וגבולותיהן, עשויה להביא למימושן הבהיר והקוהרנטי. דוגמה לכך ניתן למצוא בחוק האנגלי המבהיר באופן מפורט את השלכותיו של השימוש בזכות השתיקה.⁵ הצהרות חוקתיות מופשטות, שתכליתן להכיר באופן כללי בזכויות אלה, אין בכוחן להעניק לחשודים ונאשמים את הבטוחה הנדרשת להבטחת זכויותיהם אלו. מצד שני, הן עלולות לעורר פרשנות לא צפויה שתשליך על פרשנותו של ההסדר הספציפי באופן לא רצוי. כך, למשל, הנוסח המוצע עלול להעלות בעתיד טענות נגד השימוש בזכות השתיקה כתוספת ראייתית בהקשרים מסויימים.

3. הוראות חוקתיות – תחולה, יציבות ונוקשות:

סעיף 20 להצעת חוק-היסוד קובע כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". הוראה זו עניינה בשריון פורמלי של הוראות הצעת החוק כולן. יש להתנות את חקיקתו של סעיף זה באישור חוק היסוד כולו על ידי רוב דומה של חברי הכנסת. באופן זה תובטח לא רק נוקשות הוראות חוק היסוד לאחר חקיקתן, אלא גם הטעם או הבסיס הדמוקרטיים לקביעת מעמדן זה.

באשר לסעיף 21 להצעת חוק היסוד הקובע כי " אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד": ככל שענייננו של סעיף זה בשמירת דין חקוק קיים, הרי אין בסעיף זה כדי למנוע מן המחוקק לתקן או להתאים את אותו דין, באופן שיעלה בקנה אחד עם הוראות חוק היסוד המוצע. אולם אם ענייננו בכל דין שהוא, הכולל אף את ההלכה הפסוקה, הרי שסעיף זה עשוי אך לקבע כללים פסיקטיים בעיתיים, שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות הצעת חוק-היסוד ואשר לא זכו לאישור חקיקתי בכנסת. רצוי אפוא להבהיר כי מדובר רק בחוק.

ג. סיכום

ההצעה הנדונה תביא להגברת אי-הבהירות ובכך היא עלולה להזיק לעניינם של נאשמים ונחקרים. הבטחת זכויותיהם מחייבת חקיקה פרטנית וספציפית בכל אחד מן הנושאים הרלוונטיים. חקיקה זו חייבת להגדיר חובות קונקרטיים של רשויות האכיפה כלפי חשודים ונאשמים בהליך הפלילי; להציב גבולות ברורים לאופן הפעלתן סמכויות האכיפה על ידי הרשויות הרלוונטיות, ולכלול בצדן סנקציות ברורות להפרתן. תפקידו של חוק היסוד הוא לתת עוגן חוקתי להסדרים מפורטים שייקבעו בחוק, אולם לא להצהיר הצהרות כלליות שעלולות לעורר פרשנויות שונות, ובכך רק להגביר את חוסר הבהירות של הוראות החוק.

הצעת החוק מחייבת אפוא תיקונים יסודיים ומקיפים כדי להגשים את מטרתה ולהימנע מגרימת נזק. לדעתנו, לא נכון להעביר את ההצעה הנוכחית להליכי חקיקה ומן הראוי לקדם את הפרוייקט החשוב של עיגון הזכויות במשפט בחבילת חקיקה המתמקדת ב"כללים" מחייבים ולא רק ב"עקרונות" שפרשנותם הגמישה תחליש את ההגנות הקיימות.

⁵ Criminal Justice and Public Order Act, 1994, section 34