



אוניברסיטת חיפה  
UNIVERSITY OF HAIFA

הפקולטה למשפטים

FACULTY of LAW

מסמך רקע בנושא

הזכות להליך הוגן:

מגבלות הליכיות –

עקרונות כללים

מוגש לועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת

ד"ר אמנון רייכמן

ליאור אבו

עומר בכמן

שרית יקוטי

גלעד כ"ץ

אילת לוין

נורית ענבל

ענבל רבינוביץ'

23.2.05

## תוכן עניינים

3	א. מבוא
	ב. עקרון הכשרות המשפטית
4	1. מבוא- הגדרת העיקרון
4	2. עקרון הכשרות המשפטית בישראל
6	3. עקרון הכשרות בראי הצעות החוקה הקודמות
7	4. עקרון הכשרות בחוקות בעולם- משפט משווה
12	5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי ומהמשפט המשווה
	ג. איסור משוא פנים
15	1. מבוא- הגדרת העיקרון
17	2. עיגון הזכות במשפט הישראלי
26	3. הזכות לאי משוא פנים בהצעות חוקה בישראל
26	4. הזכות לאי משוא פנים במשפט המשווה
39	5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי ומהמשפט המשווה
	ד. זכות הגישה לערכאות
41	1. מבוא- הגדרת הזכות
41	2. עקרון זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי
43	3. זכות הפניה לערכאות בראי הצעות החוקה הקודמות
45	4. הזכות לגישה לערכאות במשפט המשווה
50	5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי והמשפט המשווה
	ה. חזקת החפות
52	1. מבוא- הגדרת הזכות
53	2. חזקת החפות במשפט הישראלי
56	3. חזקת החפות בראי הצעות החוקה הקודמות
57	4. חזקת החפות במשפט המשווה
62	5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי והמשפט המשווה
67	נספח- רשימת מקורות

## **א. מבוא**

מסמך זה פורש בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת את העקרונות הכלליים – המגבלות הבסיסיות – שביסוד הזכות להליך הוגן. במסמך זה נציג ארבעה עקרונות מרכזיים המפורטים להלן. ביחס לכל עקרון נבחן את המצב המשפטי הקיים בישראל, נסקור את המשפט המשווה (מתוך מטרה למצוא הסדרים דומים בחוקות שונות), ולאחר מכן נדון בסוגיות העולות מהעקרונות הללו ונציע כיצד להסדירם בחוקה. מבנה המסמך, לפיכך, יהיה כדלקמן:

### **הפרק הראשון** הינו המבוא.

**הפרק השני** יעסוק בעקרון הכשרות, לפיו כל אדם כשר לזכויות, לחיובים ולפעולות משפטיות. עקרון זה קובע כי לאדם יש כוח לפעול פעולה משפטית. בעקרון זה באה לידי ביטוי האוטונומיה של הפרט וזכותו הבסיסית של כל אדם להיות כשר לזכויות וחיובים. מלבד החשיבות של הגדרת האדם כיחידה הבסיסית וכמושא לזכויות חיובים ולפעולות משפטיות הרי שיש בעקרון זה חשיבות גם בנושא השוויון, הכשרות ניתנת לכל אדם באשר הוא אדם.

**הפרק השלישי** יעסוק באיסור משוא פנים, עקרון הקובע כי לכל אדם הזכות שההליך המשפטי המנוהל בעניינו ינוהל ללא משוא פנים. זכותו של אדם להליך ללא משוא פנים בפני ערכאה שיפוטית עצמאית עוסקת בעצמאותה של הרשות השופטת. ניתוקו של בית המשפט מכל לחץ והשפעה פוליטית הוא מרכיב עיקרי בהבטחת חוסר משוא פנים. זהו חלק מנושא הפרדת הרשויות, הקשור באופן ישיר למהותה של הדמוקרטיה הישראלית.

**הפרק הרביעי** יעסוק בזכות גישה לערכאות, לפיה לכל אדם זכות גישה לערכאות (לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות לשם הגנה על זכויותיו: להגיש תביעה כנגד אדם אחר על הפרת חובה שבדין אותה חב כלפיו הנתבע ולהגיש כתב הגנה בתביעה שהוגשה כנגדו; להגיש עתירה כנגד הרשות המבצעת על פגיעה בזכותו, להתגונן כנגד אישום פלילי או כנגד עבירה מנהלית). כל אדם זכאי ליומו בבית המשפט (לכל אדם זכות להיות נוכח בהליכים שהוא צד להם ולהשמיע את טיעוניו; כל אדם זכאי להחלטה שיפוטית בעניינו). מול זכות זו ניצבת חובתה של המדינה לאפשר את קיום הזכות ע"י הקמת בתי משפט והעסקת כמות מתאימה של שופטים. כמו כן, היקפה של הזכות קשור למכשולים העומדים בפניה, כגון אגרות גבוהות.

**הפרק התמישי** יעסוק בחזקת החפות, הקובעת כי כל אדם חף מפשע עד שהוכחה אשמתו והורשע בדין (ובהליכים אזרחיים: כל אדם בחזקת מקיים את הדין עד שהוכח כי הפר אותו).

בסוף כל פרק יועלו סוגיות לדיון על בסיס המשפט הישראלי והמשפט המשווה.

## ב. עקרון הכשרות המשפטית

### 1. הגדרת העיקרון

עקרון הכשרות קובע כי לאדם הכוח המשפטי לפעול פעולה בעולם המשפט. עקרון זה מבטא את האוטונומיה של הפרט, ואת זכותו הבסיסית של כל אדם באשר הוא אדם להיות כשר לזכויות וחובות. המונח חיובים, בשונה מחובות, כולל בתוכו גם את האפשרות של חיוב במשפט אזרחי ולא רק את החובות המוטלות על ידי המדינה.

הכשרות המשפטית הינה נקודת המוצא לכל זכויותיו המשפטיות של האדם, והיא נגזרת מכבודו. בנוסף לחשיבות של קביעת האדם כיחידה בסיסית לזכויות וחובות, טמון בעקרון הכשרות גם השוויון בפני החוק לו זכאים כל בני האדם.

ישנן שתי פרשנויות מרכזיות אפשריות לעקרון זה. האחת, פרשנות צרה - גרעינית, לפיה כשרות משמעותה יכולת, במובן אפשרות, הניתנת לאדם להיות מושא לזכויות וחובות. הדגש הוא על האופציונליות לעשות פעולות משפטיות. לעומתה, הגישה הפרשנית המרחיבה רואה את הכשרות ככוח בידי הפרט להיות מושא לכל הזכויות והחובות וביצוע כל פעולה משפטית.

### 2. עיקרון הכשרות המשפטית במשפט הישראלי

עקרון הכשרות מעוגן בישראל בחוק הכשרות והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. עקרון זה מצוי גם בהצעת הקודיפיקציה האזרחית.

**סעיף 1 לחוק הכשרות קובע:**

"כל אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד יום מותו".

הכשרות המשפטית נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומגינה על האוטונומיה של הפרט:

"הכשרות המשפטית היא ללא ספק זכות יסודית ביותר של אדם הקשורה לכבודו. נמצא כי שלילת כשרותו של אדם או הגבלתה צריכה להתפרש כפגיעה בכבודו ובמובן מסוים אף בחירותו. התוצאה היא כי מעשה חקיקה הבא להגביל את הכשרות המשפטית חייב לעמוד במבחנים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המוגדר בסעיף 8 לחוק היסוד...אין ספק

כי קיום הכשרות לזכויות וחובות אצל כל בן-אדם הוא אחד מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי<sup>1</sup>.

מסעיף זה נגזר שכל אדם, בכל גיל, כשיר לזכויות וחובות:

"לעניין של זכויות וחובות איפוא, תחנת המוצא היא שדין קטן-ולו מקטני קטנים כדין בוגר הוא... בהעדר הוראות מיוחדות בדין או בהלכה נדבר בזכויות הקטין כבזכויות הבגיר ונחייב את כל העולם כולו לכיבוד זכויותיו"<sup>2</sup>.

הזכויות והחובות בהן עוסק הסעיף עומדות גם לבעלי מוגבלויות, חולי נפש ושאר פסולי הדין.

### **סעיף 2 לחוק הכשרות קובע:**

"כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט".

בית המשפט בהתייחסו לסעיף זה קבע:

"עקרון יסוד בדיני הכשרות הוא כי כל אדם מוחזק כבעל כשרות משפטית לבצע פעולות משפטיות מרגע לידתו ועד מותו, זולת אם נשללה הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט. משום כך ההכרזה על אדם כפסול דין היא קונסטיטטיבית, לאמור תוקפה הוא מכאן ולעתיד<sup>3</sup>".

כפי שהדבר נידון בפרשת חזקיהו<sup>4</sup>:

"מושג הכשרות קשור ביסודו בדאגה ליכולתו של אדם לגבש את רצונו מתוך כושר שיפוט עצמאי".

### **פסולי דין:**

הסיפא של סעיף 2 מכוונית לפסולי הדין. קרי, כל אלה שנשללה או הוגבלה כשרותם בחוק או בפסק דין של בית משפט.

<sup>1</sup> א' אנגלרד, **הכשרות המשפטית** (האוניברסיטה העברית, 1995), 25. להלן: אנגלרד.  
<sup>2</sup> דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 95-96.  
<sup>3</sup> רע"א 3323/98 **בנימין זקן נ' קצין התגמולים**, פ"ד נו(5) 577, 586-587.  
<sup>4</sup> ע"א 1662/99 **חזקיהו חיים נ' אליהו חיים**, פ"ד מו(6) 295, 322.

סעיפים 8, 9 ו-10 לחוק, עוסקים בפסלות, שהיא הגבלת כשרותו של אדם, באמצעות פסק דין של ביהמ"ש.

סעיף 8 עוסק בתנאים המוקדמים בהכרזת הפסלות ובהליך להכרזה.

סעיף זה קובע:

"אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענייניו רשאי ביהמ"ש... להכריזו פסול דין".

סעיף 9 קובע את הדין של פעולות משפטיות שנעשו ע"י פסול דין.

סעיף 10 עוסק בתנאים לביטול ההכרזה ובהליך הביטול.

### **פעולה משפטית מהי?**

ישנם שלושה מודלים מרכזיים לפירוש המושג<sup>5</sup>:

1. פרשנות מרחיבה - נזכרת בספרות המשפט הגרמנית. כוללת כל פעולה, בעלת נפקות משפטית, ובכלל זה פעולות ריאליות ומעשה נזיקין.
2. פרשנות הביניים - פרשנות במשפט השוויצרי, הכוללת מעשה נזיקין, אך לא פעולות ריאליות.
3. פרשנות מצמצמת - מקובלת במשפט הגרמני. כוללת כשרות לעסקאות, ולפעולות הקשורות בעסקאות, אך אינה כוללת כשרות לפעולות הקשורות בנזיקין או לפעולות ריאליות.

נראה כי המחוקק הישראלי לא בחר בפרשנות המרחיבה. לראיה, בסעיף 4 לחוק נקבע, שפעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו. אין מקום לרעיון של הסכמת נציג, כשמדובר בפעולה ריאלית או במעשה נזיקין. הגנת הקטין מוצדקת, איפוא, רק במקרים שיש חשיבות להבעת רצונו. מכאן, שיש לראות כפעולה משפטית, רק פעולה בעלת נפקות משפטית הזקוקה להבעת רצון. מסקנה זו תומכת במודל השלישי, הרואה בפעולה - פעולה משפטית או כל פעולה דומה לה<sup>6</sup>.

<sup>5</sup>ראו אנגלרד, אמי 33-32.

<sup>6</sup>ראו אנגלרד, עמי 45-46.

### 3. עיקרון הכשרות בראי הצעות החוקה הקודמות

בהצעת החוקה של פרופ' אקצין משנת 1964 נקבע בסעיף 17:

"דין אחד יהיה לאיש ולאישה לגבי זכויות אישיות וקנייניות ולגבי כל פעולה משפטית. אין הוראה זו באה לפגוע בדיני נישואין והתרת נישואין, ולא בדינים המכוונים להגן על אישה באשר היא אישה".

(ההדגשות שלנו, ג.כ., א.ל.).

בסעיף 18 נקבע:

"לא יהיה בסמכותה של שום רשות ציבורית לצוות על ביטולם או הגבלתן של חירותם, כשירותם המשפטית, וזכויותיהן האישיות והקנייניות של כל אזרח ישראלי, או של כל אדם הנמצא, או שיש לו נכסים או תביעות בתחומי שלטון המדינה, או לממש את ביטולן או הגבלתן, אלא בהתאם לסמכות הניתנת לה בחוקה, בחוקים, או על פיהם, ולמטרות שלשמן ניתנה הסמכות הזאת".

(ההדגשות שלנו, ג.כ., א.ל.).

בהצעת החוקה של פרופ' בנדור משנת 2000 נקבע בסעיף 94:

"כל אדם כשר לזכויות, לחיובים ולפעולות משפטיות".

בהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט משנת 1999 נקבע בסעיף 2:

"כל אדם כשר לזכויות, לחיובים ולפעולות משפטיות".

בדומה, הצעות חוק יסוד: זכויות במשפט של חברת הכנסת זהבה גלאון<sup>7</sup>, צחי הנגבי<sup>8</sup> והצעה

משותפת של חבר הכנסת צחי הנגבי וחבר הכנסת אמנון רובינשטיין<sup>9</sup> קובעות בסעיף 3:

"כל אדם כשר לזכויות, לחיובים ולפעולות משפטיות".

<sup>7</sup> ס"ח התשס"א, עמ' 158.

<sup>8</sup> ס"ח התשנ"ב, עמ' 214.

<sup>9</sup> שם, שם.

#### 4. עיקרון הכשרות המשפטית בחוקות בעולם- משפט משווה

##### אסטוניה-

בחוקת אסטוניה נקבע בסעיף 9 :

"(1) **The rights, liberties, and duties of everyone and all persons, as listed in the Constitution, shall be equal for Estonian citizens as well as for citizens of foreign states and stateless persons who are present in Estonia.**

(2) The rights, liberties, and duties listed in the Constitution shall be **extended to legal entities**, to the extent that this is in accordance with the general aims of the legal entities, and with the nature of such rights, liberties and duties."

חוקה זו מכירה בכשרות אדם לזכויות וחובים, לגבי כל אדם. בכלל זה, אנשים שאינם אזרחי המדינה. כמו כן, היא קובעת שהמונח אדם, כולל תאגיד, במובן שמתיישב עם מטרת התאגיד וטיב הזכות.

חוקה זו היא היחידה שמצאנו המגדירה את שני האלמנטים הללו, בתוך החוקה ולא בחקיקה רגילה, או במשפט המקובל כפי שקיים בארה"ב, קנדה וישראל.

##### יפן-

בחוקת יפן נקבע:

"Article 11:

**The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights.** These fundamental human rights guaranteed to the people by this Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolate rights.



**Article 17:**

Every person **may sue** for redress as provided by law from the State or a public entity, in case he has suffered damage through illegal act of any public official"

החוקה היפנית, קובעת שאסור למנוע מאדם ליהנות מהזכויות הקיימות בחוקה. בנוסף, מוזכרת זכותם של הפרטים לתבוע בהתאם לחוק, פיצוי מהמדינה או מיישות ציבורית.

**קנדה-**

בחוקה הקנדית נקבע בסעיף 2 :

"**Everyone has** the following fundamental freedoms

- (a) freedom of conscience and religion
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including ;freedom of the press and other media of communication
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association".

החוקה הקנדית קובעת חירויות ספציפיות הניתנות לכל. לאחר מכן, מפורטות הזכויות האחרות שחלקן הן לאזרחים בלבד. למשל: זכות התנועה וזכות ההצבעה. מושא הזכויות הנו גברים ונשים כאחד.

נציין כי הפסיקה הקנדית פירשה את המושג אדם בחוקה ככולל גם תאגיד<sup>10</sup>.

**לטביה-**

נקבע ב- Declaration on the Accession to Human Rights Instrument :

<sup>10</sup> Hunter v. Southam [1984] 2 S.C.R 145; Edmonton Journal v. Alta [1989] 2 S.C.R 1326

## Article 2

**Each person has the right to all actions which are not prohibited by law.**

המסמך הלטווי, מעגן את עקרון הכשרות לפעולות, לאו דווקא משפטיות. בדגש, כי מדובר בפעולות שאינן אסורות על ידי החוק.

יש לציין, שהמסמך אינו בתוקף משנת 1998 והוחלף בפרק בחוקה, שבו לא מופיע עקרון זה.

לוקסמבורג-

בחוקת לוקסמבורג נקבע בסעיף 11:

- (1) There is no distinction of orders in the State.
- (2) Luxembourgers are equal before the law; they alone are eligible for civil and military service, save as the law may in particular cases otherwise provide.
- (3) **The State guarantees the natural rights of the individual and of the family.**
- (4) The law guarantees the right to work and assure to every citizen the exercise of this right.
- (5) The law organizes the social security, health protection, and rest of workers and guarantee the freedom of trade unions.
- (6) The law guarantees freedom of trade and industry, the exercise of the professions and of agricultural labor, subject to any restrictions that may be imposed by the legislature”.

בלוקסמבורג נקבע, כי זכותו של כל אינדיבידואל, שזכויותיו הטבעיות ישמרו. למעשה, ישנו עיגון של עקרון הכשרות לעניין זכויות בלבד ולא לעניין חובות ופעולות משפטיות.

פולין-

החוקה הפולנית קובעת:

Article 37 :

- (1) **Anyone, being under the authority of the Polish State,** shall enjoy the freedoms and rights ensured by the Constitution.
- (2) Exemptions from this principle with respect to foreigners shall be specified by statute.

Article 38

The Republic of Poland shall ensure the legal protection of the life of every **human being**".

החוקה הפולנית קובעת, שכל אדם תחת הסמכות של מדינת פולין, ייהנה מזכויות וחירויות המעוגנות בחוקה. נראה כי בחוקה זו, הדגש הוא על הנוכחות הטריטוריאלית בעיקר.

רוסיה-

בחוקת רוסיה נקבע בסעיף 17 :

1. The basic rights and liberties in conformity with the commonly recognized principles and norms of the international law shall be recognized and guaranteed in the Russian Federation and under this Constitution
2. The basic rights and liberties of the human being shall be inalienable and shall belong to everyone from birth.
3. The exercise of rights and liberties of a human being and citizen may not violate the rights and liberties of other persons.

החוקה הרוסית קובעת, כי הזכויות הבסיסיות השייכות לבני האדם, אינן ניתנות להעברה והן נתונות מיום הלידה. לפנינו, הסדר ייחודי הקובע את מועד קבלת הכשרות. בנוסף, מציינת החוקה הרוסית, כי זכויות מסוימות אינן ניתנות להעברה.

### משפט בינלאומי-

מגילת זכויות האדם מ-1948 קובעת:

#### Article 1:

All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

#### Article 2:

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

#### Article 3:

Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

מגילת זכויות האדם קובעת את תחילת הכשרות לזכויות, כרגע הלידה. המגילה קובעת כי כל בני האדם נולדו שווים בזכויותיהם.

בנוסף, הזכאות לכל הזכויות והחירויות הניתנת בהצהרה, תיעשה ללא אפליה מכל סוג שהוא.

## 5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי והמשפט המשווה

### (א) אבחנה בין פעולות משפטיות (כשרות דיונית), לבין זכויות וחובות

משמעות האבחנה בין סעיפים 1 ו-2, לחוק הכשרות הישראלי נעוצה בהבדל בין הכשרות להיות בעל דין, קרי: לזכויות וחובות, לבין הכשרות לנהל את המשפט, קרי: הזכות לבצע פעולות משפטיות. הכשרות להיות בעל דין, היא תוצאה של קיום האישיות המשפטית. נבדיל מכך, את הכשרות הדיונית. סעיף 2 לחוק משמעותו היא, שלא כל אדם, אשר כשר להיות בעל דין, כשר לבצע פעולות משפטיות ולנהל את המשפט בעצמו. לכן, במקרים מסוימים, אדם אחר יעשה זאת בשמו<sup>11</sup>. המחוקק אימץ, את האבחנה בין שני סוגי הכשרות המשפטיות, שקיימת בשיטות המשפט הקונטיננטליות (במיוחד במשפט השוויצרי והגרמני). נציין, כי במשפט השוויצרי האבחנה היא בין כשרות לזכויות וחובות, ובין כשרות לפעולות, לאו דווקא משפטיות.

חשיבות ההפרדה הינה בכך שהמשפט אינו מוציא מתחולת הכשרות את פסולי הדין באופן מוחלט. קרי, חולה נפש למשל, יכול להיות מושא לזכויות וחובות אך אינו בעל כשרות לפעולות משפטיות.

למרות האמור, לדעתנו הפרדה זו אינה ראויה ברמה חוקתית.

החוקה אמורה להוות את המסגרת הרחבה ביותר של זכויות. לפיכך, לא ראוי שתקבע בה הפרדה בין פסולי דין ובין האחרים. מסקנה זו מתחזקת לנוכח המשפט המשווה, כיוון שלא מצאנו בחוקות הנדונות, הסדר שכזה.

### (ב) תחילת וסיום הכשרות

בחוק הכשרות הישראלי, נקבע שכשרותו של אדם מיום לידתו עד יום מותו. הסדר זה, הקיים בחלקו בחוקת רוסיה (מרגע הלידה), בעייתי, לנוכח שאלות פרשניות שהוא מעלה לגבי מועד הלידה<sup>12</sup> ומועד המוות.

לעניין מועד הלידה, יש לבחון את סוגיית טרום הלידה. מאיזה רגע פיזיולוגי, כשיר העובר לזכויות וחובות?<sup>13</sup>

<sup>11</sup> אנגלרד, עמ' 27

<sup>12</sup> בחוק שלנו לא אומץ הסעיף מקובץ החוקים האזרחי השוויצרי (ראו ס' 31(1) לקובץ החוקים האזרחי השוויצרי "האישיות מתחילה עם החיים לאחר גמר הלידה"), לפיו הדרישה היא שהילד יולד חי. ברם, מקובל כי הוראה זו מתקיימת במשפט הישראלי דרך פרשנות סעיף 1.

<sup>13</sup> בישראל בחקיקה האזרחית ניכרים הסדרים נורמטיביים המקנים מעמד משפטי לעובר. למשל: ס' 42(ג) לחוק הירושה הדין ב"יורש אחר יורש", ס' 44(א) לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, על פיו ילד נחשב כמוטב אם נולד 300

לעניין קביעת סיום תחולת העיקרון, ישנה מחלוקת בפסיקה באשר לקביעת רגע המוות<sup>14</sup>. הבעיה של קביעת רגע המוות, נידונה בפרשת **בלקר**<sup>15</sup>. הדיון נסב סביב טענתו של רוצח (אשר גרם למותו המוחי של הקורבן), לפיה, הרופאים בעת ניתוקו ממכשירי החיאה, גרמו למותו. ביהמ"ש לא קיבל את הטענה וקבע את מבחן "המוות הביולוגי המוחי".

לדעתנו, עיגון תחילת וסיום הכשרות אינו רצוי, שכן הוא גורר אחריו שאלות פרשניות רבות כפי שפורט לעיל, ואין הדבר דרוש, וודאי שלא בטקסט חוקתי. מסקנה זו מתחזקת לנוכח הדינמיות הטכנולוגית בנושא הטרומ-לידה.

### (ג) כשרות תאגיד

הקביעה להשתמש במונח אדם, ולא במונח "בן-אדם", נעוצה בכך שהאחרון, מכווין ליישות פיזית, בעוד הראשון, הוא בבחינת קטגוריה משפטית רחבה יותר. כך למשל, לעניין הכשרות המשפטית תאגיד הוא אישיות משפטית<sup>16</sup>.

כך לגבי תאגיד נקבע בפסיקה :

"מן המפורסמות הוא כי אישיות משפטית הינה תופעה בעולם המשפט אשר הדין מעניק לה במפורש או במשתמע כשרות לזכויות וחבות. כשרות זו יכולה להיות כללית או מוגבלת"<sup>17</sup>.

השאלה האם להעלות את סוגיית התאגיד לרמה חוקתית ולא להשאירה ברמה החוקתית<sup>18</sup> עולה במבט השוואתי. באסטוניה נקבע הדבר ברמה החוקתית. בקנדה ובארה"ב לעומת זאת, נקבע הדבר בפסיקה.

לדעתנו, ניתן להסתפק בעיגון הסוגיה בחוק, ואין צורך לפרט בחוקה, שהרי טקסט חוקתי אמור להיות קצר ותמציתי.

ימים לאחר קרות המקרה, וכן סעיף 78 לפקודת הניקין הדין בזכות תלויים לפיצויים, עקב מות מפרנסים. המונח ילד כולל עובר, בהתאם להגדרה בס' 1 לפקודה. כך גם, המחוקק הגרמני והצרפתי קבעו לעניין העובר הוראות מיוחדות, המקנות כשרות משפטית לעובר. הוראות אלו לפי הגישה הרווחת הן ביטוי לעקרון כללי בדבר כשרותו. ראו: **אנגלרד**, עמ' 32-33. מנגד, השוו פסיקת ביהמ"ש העליון בעניין זה ע"א 181/74 רחל אינזל, ואח' נ' דורה קוגלמס, ואח' כט (1) 665, עמ' 665.

<sup>14</sup> א' אנגלרד, **הכשרות המשפטית** (האוניברסיטה העברית, 1995), 36-42.

<sup>15</sup> ע"פ 341/82 **בלקר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(1) 1.

<sup>16</sup> אנגלרד, עמ' 18.

<sup>17</sup> רע"א 2735/99 **עמותת בית הכנסת לספרדים בשכונת אבו-טור בירושלים נ' אורנשטיין**, עמ' 440.

<sup>18</sup> סעיף 1 לחוק הפרשנות המגדיר אדם גם כתאגיד.

**(ד) כשרות אזרח**

השאלה היא האם צריך לאבחן בין אדם ובין אזרח, לעניין הכשרות המשפטית. חוקת פולין קבעה כי אדם הכשר לזכויות במדינה, הוא אזרח או אדם תחת ריבונות המדינה. כיוון שאין אנו מגדירים את סל הזכויות הניתנות לאדם, אלא, רק את כשרותו לקבלן ולהוציאן אל הפועל, מיותר לדעתנו לעסוק בסוגיה זו. כמו כן, חשוב לציין שעל החוקה כולה להיות קוהרנטית, ולקבוע מראש את השימוש במילה אדם או אזרח, כשהשוני יהיה רלוונטי לאופי הזכות הספציפית.<sup>19</sup>

להמחשת סוגיה זו, ניתן להביא כדוגמא את החוקה של איטליה<sup>20</sup>, שבה נקבע לגבי זכויות מסוימות, שהן חלות על "אזרח" בעוד שחלק אחר מהן חלות על "אדם". כשרות משפטית קיימת לכל אדם. בהקשר זה יוזכר מעמדם של העובדים הזרים, אשר גם הם נהנים מכשרות משפטית.<sup>21</sup>

**(ה) האם יש צורך בפסקת הגבלה פנימית?**

בחוק הכשרות נקבע בסיפא של סעיף 2, כי הכשרות תעמוד לכל אדם, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט.

נשאלת השאלה, האם יש מקום לפרט במסגרת החוקה, את החריגים לכשרות משפטית. ברמה הכללית, כפי שנקבע בסעיף 2, או בצורה מפורטת יותר.

מחד, ציון החריגים מיותר, לאור פסקת ההגבלה הכללית לחוקה. מאידך, ללא תוספת זו המשמעות היא בחינה של פסקת ההגבלה בכל סיטואציה של פסול דין.

לדעתנו, אין צורך בפסקת הגבלה פנימית שכן הדבר יגרום לחוסר קוהרנטיות בחוקה.

<sup>19</sup> להמחשת סוגיה זו ניתן להביא כדוגמא את החוקה של איטליה שבה לגבי זכויות מסוימות נקבע שהן חלות על "אזרח" בעוד שחלק אחר מהן חלות על "אדם".

ראו בחוקת איטליה את ס' 16 העוסק בחופש התנועה קובע שהזכות לחופש התנועה היא רק לאזרחי המדינה. האם לא ברור שגם תייר רשאי לנסוע ולטייל במדינה כעוות נפשו?

<sup>21</sup> א' הראבן וח' ברם, **כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל** (הקיבוץ המאוחד ומכון ואן ליר, 2003).

וראו עתירת האגודה לזכויות האזרח בנדון בתיק 6535/02 :: <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=464>  
פסקאות 25-26.

## ג. משוא פנים

### 1. מבוא - הגדרת העיקרון

נקודת המוצא לדיון, בזכות לאי משוא פנים, היא שהזכות חלה בכל הליך שיפוטי או מעין שיפוטי. במובנה המצומצם, נהוג לעסוק במסגרת הזכות לאי משוא פנים, בשאלות של **דעות קדומות** וכללי **פסלות שופט** החולשים על קשר בין השופט לבעל דין. במישור המנהלי, משמעותה של הזכות היא שאדם לא יישב בדיון, כאשר הוא נמצא במצב של **ניגוד עניינים אישי או מוסדי** או דעה קדומה.

באופן רחב יותר, זכותו של אדם להליך ללא משוא פנים בפני ערכאה שיפוטית עצמאית, עוסקת **בעצמאותה של הרשות השופטת**. ניתוקו של בית המשפט מכל לחץ והשפעה פוליטית הוא מרכיב עיקרי בהבטחת חוסר משוא פנים. זהו חלק מנושא הפרדת הרשויות, ולכן משתנה מידת העצמאות השיפוטית, בכל מדינה בהתאם למבנה המשטר הפוליטי. במסגרת הדיון בעצמאות השיפוטית נסקור מספר נושאים, אותם נחלק לשתי קבוצות:

הקבוצה הראשונה עוסקת בשופטים עצמם – בהגנה על הנייטרליות שבמינוים ובפיטוריהם, בקביעת משכורתם ובהליכים משמעתיים נגדם.

הקבוצה השנייה כוללת נושאים הנוגעים למערכת בתי המשפט - התערבות המחוקק בהחלטות בית המשפט, הביקורת השיפוטית וגבולותיה, סופיות ההחלטות, יעילות אכיפת ההחלטות, וכן שאלת הקמתם של בתי דין מנהליים ומידת עצמאותם.

אל מול עקרון העצמאות השיפוטית, עומד כעיקרון מנוגד ומשלים, רעיון השקיפות והביקורת הציבורית על החלטות בית המשפט והליכיו. במצב של שקיפות ללא עצמאות תהיה מערכת המשפט חלשה מדי, אולם עצמאות ללא שקיפות היא מסוכנת באותה המידה.<sup>22</sup>

#### **(א) מאפייני הזכות לאי משוא פנים**

משוא הפנים יכול שיתבטא בניגוד עניינים אישי, ניגוד עניינים מוסדי ובדעה קדומה שיש לדן בהליך שיפוטי או מעין שיפוטי.

ניגוד העניינים נתפס כמצב שעצם ההימצאות בו הוא בעייתי, מבלי להידרש לשאלה האם מקבל ההחלטה אכן מושפע מעצם היותו בניגוד עניינים. כלל זה צופה פני עתיד ובבסיסו מספר רציונלים.

<sup>22</sup> S. B. Burbank, "What Do We Mean by 'Judicial Independence'?", 64 Ohio St. L.J. 323



הראשון, הוא הרצון שלא להעמיד אדם במבחן, האם לבצע פעולה אסורה.

הרציונל השני, נוגע לקשיי הוכחה. בשקלול הסופי נתקשה להעריך מה היתה מידת השפעתה של ההימצאות בניגוד עניינים על ההחלטה שקיבל האדם.

הרציונל השלישי, הוא מראית פני הצדק וביסוס אמון הציבור במערכת הציבורית, ובמקרה הספציפי במערכת המשפט.

לדעתנו, הרציונלים העומדים בבסיס ניגוד העניינים האישי, יפים גם למקרה של ניגוד עניינים מוסדי.

הביטוי הנוסף, של משוא פנים היא הדיעה הקדומה.

הכוונה לחוסר אובייקטיביות מוקדמת, המביאה לכך שיילקחו בחשבון, שיקולים שאינם רלוונטיים לעניין הנדון או שינתן לשיקולים רלבנטיים משקל לא סביר או לא מידתי. בהקשר השיפוטי נטען, כי ביצור אמון הציבור במערכת השיפוטית מותנה בקיום אובייקטיביות שיפוטית בלא סייג.<sup>23</sup>

#### **(ב) הזכות להליך ללא משוא פנים במערך הזכויות החוקתיות**

הזכות לאי משוא פנים מהווה כלל יסוד בדמוקרטיה, שמטרתו העיקרית להגן על הפרט מפני פגיעה בזכויותיו. על כן, נהוג לדון בה במיוחד בתחומי המשפט הפלילי והציבורי, ופחות בתחום האזרחי. לדעתנו, למידת עצמאותו של בית המשפט, ישנה חשיבות בכל הליך. קיים חשש שגורמים כוחניים ינצלו את מעמדם גם בנוגע להליכים אזרחיים. על כן, חשוב להגן על השופטים מפני איומים ופיתויים פוליטיים בכל רמה של דיון.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> בג"צ 2491/02 בן ארי נ' השופט דן ארבל, מנהל בתי המשפט (טרם פורסם).

<sup>24</sup> J. C. Wallace, "Judges' Forum No. 2: An Essay On Independence Of The Judiciary: Independence From What And Why", 58 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 241, 242.

## 2. עיגון הזכות במשפט הישראלי

### (א) עיגון הזכות בחקיקה הישראלית

סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה מעגן את העיקרון באופן עקיף, נקבע בו:

" 6. הצהרת אמונים

מי שנתמנה שופט יצהיר הצהרת אמונים לפני נשיא המדינה; ואלה דברי

ההצהרה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט

משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".

בסעיף 77א' (א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, עוגנו עילות פסלות שבגינן ימנע

שופט מלשבת בדין:

" 77א. עילות פסלות

(א) שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות

נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.

"(א1) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), שופט לא ישב בדין בידעו

שמתקיים אחד מאלה:

(1) צד להליך, בא כוחו או עד מרכזי, הוא בן משפחה של השופט או

שקיימת ביניהם קרבה ממשית אחרת;

(2) יש לשופט ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו,

בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של

השופט יש ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד

להליך או בבא כוחו;

(3) בטרם התמנה לשופט היה השופט מעורב באותו ענין הנדון בהליך

שלפניו כבא כוח, כבורר, כמגשר, כעד, כיועץ מקצועי, כמומחה, או בדרך

דומה אחרת;

(א2) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(א1) שופט רשאי לשבת בדין

אם מפאת דחיפות הענין לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול

להיגרם נזק חמור או עיוות דין אם לא ידון בענין.

(א3) על אף האמור בסעיף קטן (א1)(2), שופט רשאי לשבת בדין אם העברת הענין לכל שופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות." ;

(ב) נטענה טענת פסלות נגד שופט, יחליט בה אותו שופט לאלתר ולפני שיתן כל החלטה אחרת.

(ג) על החלטת שופט בענין פסלות רשאי בעל דין לערער לפני בית המשפט העליון; בערעור ידון נשיא בית המשפט העליון, או מותב של שופטי בית המשפט העליון, או שופט אחד, הכל כפי שיקבע הנשיא.

הסעיף חל בשינויים המחוייבים גם על בתי דין אחרים כגון בית הדין לעבודה.<sup>25</sup>

חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, מתייחס לפסלות חבר בית הדין הן במינוי והן בעניין מסויים. נציין, שמעצם הגדרתם, בתי דין מנהליים זוכים לפחות עצמאות מן הרשויות האחרות, אולם עדיין נדרשים בהם אובייקטיביות ואי משוא פנים. בסעיף 9 לחוק נקבע:

"9. ניגוד ענינים במינוי

(א) לא יתמנה ולא יכהן כחבר בית דין מי שעלול להימצא, במישרין או בעקיפין, באופן תדיר במצב של ניגוד ענינים, בין תפקידו כחבר בית דין לבין ענין אחר שלו.

(ב) לא יתמנה כחבר בית דין מי שנמצא, באופן תדיר בקשר מקצועי, עסקי או אחר, עם הרשות המינהלית שעל החלטותיה ניתן לערור בפני אותו בית דין; לענין זה, ייחשבו כקשורים באופן תדיר עם הרשות המינהלית, בין היתר, עובד או נבחר של הרשות המינהלית ועובד או נבחר שפרש מהרשות המינהלית, אם לא עברה שנה מיום שפרש.

10. סייג לניגוד ענינים

על אף האמור בסעיף 9 לא יראו ניגוד ענינים במינוי אם -

(1) הוא נובע מהוראת חיקוק שלפיה חבר בית הדין יתמנה מתוך ציבור של בעלי ענין מסויים; או

<sup>25</sup>סעיף 39א לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969.

(2) יש צורך למנות חבר בית דין בעל מומחיות או כשירות מיוחדת ולא ניתן למצוא, באופן סביר, מועמד מתאים אחר.

15. ניגוד ענינים בערר מסוים

(א) חבר בית דין לא ישתתף במותב של בית הדין, אם הוא עלול להימצא, במישרין או בעקיפין, במצב של ניגוד ענינים בין תפקידו כחבר בית הדין לבין ענין אחר שלו;

(ב) נתברר לחבר בית דין שהוא מנוע מלהשתתף בדיון על ערר מסוים בשל ניגוד ענינים, יודיע על כך לחבריו במותב, ואם החל הדיון - גם לבעלי הדין, ויימנע מלהשתתף בדיון על אותו ערר.

(ג) התעורר אצל חבר בית דין ספק בשאלה אם הוא מנוע מלהשתתף בדיון על ערר מסוים בשל ניגוד ענינים, או טען אחד מבעלי הדין שחבר בית הדין מנוע כאמור, יחליט בדבר המותב של בית הדין לרבות אותו חבר, וינמק את החלטתו; היה חבר בית הדין שופט מכהן - יחליט הוא בדבר.

(ד) לא תישמע טענה של בעל דין כי חבר בית הדין מנוע מלהשתתף בדיון בערר מסוים בשל ניגוד ענינים, אלא אם כן נטענה בתחילת הדיון או מיד לאחר שנודעה לבעל הדין עילת ניגוד הענינים.

(ה) נמנע מחבר בית דין להמשיך ולהשתתף בדיון על ערר מסוים בשל ניגוד ענינים, ייחשב המותב, לצורך אותו ענין, כמותב קטוע לפי סעיף 17.

(ו) הסייגים שבסעיף 10 יחולו על סעיף זה.

בחוק זה עיגן המחוקק את עילות הפסלות המהותיות, תוך שהוא מותיר לשיקול דעתם של השופטים, למצוא את נקודת האיזון, במקרים אחרים, בין הזכות לאי משוא פנים לבין יעילות הדיון.

בנוסף קיימים כללי האתיקה של השופטים, המפרטים מצבים בהם יפסול עצמו שופט משיבה בדיון. כלל 1(ב) קובע:

”שופט לא יישב בדין במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי, או טיפל קודם בעניין נשוא הדין לפני מינויו כשופט, עלולים ליצור מראית של חשש למשוא פנים.”<sup>26</sup>

לכללים אלה אין מעמד משפטי מחייב והם משמשים להנחיה בלבד.

השופט אור בפרשת הורביץ<sup>27</sup> החליט שלא לפסול עצמו, על אף כלל האתיקה הנ”ל. נקבע, שהדין אינו מחייב פסילת שופט עקב חברות עם פרקליט, ואף אוסר על שופט לפסול את עצמו אלא אם קיימת לכך עילה בדין. העולה מהחלטה זו הוא שכללי האתיקה, שנועדו להציב רף התנהגות גבוה יותר מזה שנקבע בחוק, אינם יכולים למלא את תפקידם, כיוון שכל עילת פסלות שופט שלא נקבעה בחקיקה או בפסיקה, איננה עילה אשר השופט רשאי להשתמש בה. מלבד כללי הפסלות, ישנם חוקים רבים המסדירים את עצמאותה של הרשות השופטת במישור של השופטים. **חוק יסוד: השפיטה** קובע בסעיף 2 את עקרון אי התלות:

”2. אי תלות

בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין.”

חוקים רבים אחרים המקימים בתי דין ספציפיים כוללים גם הם כלל זה במילים דומות מאוד, למשל חוק בתי דין מינהליים<sup>28</sup>, חוק בית הדין לעבודה – לעניין עצמאותו של נציג ציבור,<sup>29</sup> חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים,<sup>30</sup> חוק הקאדים<sup>31</sup> וחוק השיפוט הצבאי.<sup>32</sup>

**חוק-יסוד: השפיטה** עוסק גם במינוי שופטים – מי יכול להתמנות ומהו הליך המינוי,<sup>33</sup> משך כהונת השופטים,<sup>34</sup> משכורת וגמלאות,<sup>35</sup> הליכים משמעתיים ופלייליים כנגד שופטים,<sup>36</sup> השעיה<sup>37</sup> ועוד.

<sup>26</sup> כלל 1(ב) לכללי האתיקה שיפוטית, תשנ”ג-1993.  
<sup>27</sup> ע”פ 1182/99 הורביץ נ’ מדינת ישראל, נד(2) 49, 52.  
<sup>28</sup> סעיף 3 ל חוק בתי דין מינהליים, תשנ”ב-1992.  
<sup>29</sup> סעיף 16 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ”ט-1969.  
<sup>30</sup> סעיף 15 לחוק בתי הדין הדרוזיים, תשכ”ג-1962.  
<sup>31</sup> סעיף 9 לחוק הקאדים, תשכ”א-1961.  
<sup>32</sup> סעיף 184 לחוק השיפוט הצבאי, התשט”ו-1955.  
<sup>33</sup> סעיפים 4,5 לחוק יסוד: השפיטה.  
<sup>34</sup> שם, סעיף 7.  
<sup>35</sup> שם, סעיף 10.  
<sup>36</sup> שם, סעיפים 12, 13.  
<sup>37</sup> שם, סעיף 14.

**חוק בתי המשפט** עוסק בנושאים אלה בצורה קונקרטית יותר. למשל, בהרכב הוועדה לבחירת שופטים וסדרי עבודתה,<sup>38</sup> התפטרות ויציאה לקצבה,<sup>39</sup> הליכים משמעותיים<sup>40</sup> ועוד.

גם **חוק השופטים**, תשי"ג-1953 מפרט הוראות לגבי מינוי שופטים וכשירותם, סיום כהונה של שופטים והליכים משמעותיים.<sup>41</sup>

הכללים הרבים בחקיקה, מבקשים להבטיח את עצמאותם של השופטים, בהליך המינוי, מפני הרשויות האחרות. בנוסף, מטרתם לאפשר המשך פיקוח על יושרם וכשירותם לאחר המינוי לכהונה. מציאת האיזון הנכון, היא זו שתאפשר את ההגנה הטובה ביותר על האזרח מפני משוא פנים במשפטו, מן הבחינה המערכתית.

פסקת הכיבוד ופסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם, פורשו מאז פסק דין בנק המזרחי<sup>42</sup> על ידי בית המשפט, כמעניקות לו את הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על כל הרשויות.

#### (ב) עיגון הזכות בפסיקה הישראלית

##### (1) פסלות שופט<sup>43</sup>

בפסיקה נקבע, כי על אף העיקרון שראוי ש"הצדק יראה ולא רק יעשה", המבחן למשוא פנים, הוא מבחן האפשרות הממשית:

"מבחן "האפשרות הממשית" אין משמעותו, כי כדי להסיק בדבר קיום האפשרות של נגיעה כאמור, יש לתהות לפני ולפנים במצב הלך מחשבותיו (STATE OF MIND) של השופט שמבקשים לפסלו; משמעותו היא, שמן הנסיבות החיצוניות הכרחי להתרשם שקיימת אפשרות מאד מסתברת, שאכן נבצר מהשופט לשפוט את דינם של בלי-הדין באובייקטיביות הדרושה.

... העקרון הקובע שנחוץ שגם ייראה לציבור שהצדק נעשה, ולא רק שהוא נעשה הלכה למעשה... אינו טומן בחובו, כשלעצמו, את המבחן שלפיו ניתן

<sup>38</sup> סעיפים 6,7 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

<sup>39</sup> שם, סעיפים 12, 13.

<sup>40</sup> שם, סעיפים 17, 20.

<sup>41</sup> ראו גם חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002, אשר נועד לקבע הליך לתלונות הציבור על שופטים ובכך לחזק את אמון הציבור ברשות השופטת ואת אפשרות הביקורת הציבורית עליה.

<sup>42</sup> ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221

<sup>43</sup> המאמר המנחה בסוגיה זו הוא: מאיר שמגר, "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע" גבורות לשמעון אגרנט 87 (אהרון ברק, רות גביזון, חיים כהן, יצחק זמיר, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי, שניאור זלמן פלר, מרדכי קרמינצר, יורם שחר – עורכים, גרפ-פרס, תשמ"ז).

לפסול שופט מלדון בענין הבא לפניו. חשיבותו של העקרון היא רק בכך, שהוא בא להצביע על הצורך להקפיד, במידת האפשר, שלא תיפגע אמינותם של בעלי-הדין ובני הציבור בתקינותו של התהליך השיפוטי שהתקיים בענין זה או אחר, לאו דוקא בשל החשד שהשופט היה פסול מלקיימו; הווה אומר, בנסיבות מיוחדות יכול שהעקרון האמור ישמש שיקול שישפיע על הסקת המסקנה כי התהליך השיפוטי הנדון היה פגום במידה המחייבת לבטלו.<sup>44</sup>

פירושו של מבחן זה הוא:

"מבחן האפשרות הממשית משמעותו, שהשופט גיבש לעצמו עמדה (סופית) בעניין נשוא הדיון השיפוטי, באופן שאין עוד טעם בהמשך רגיל של המשפט ("המשחק מכור"). משמעות הדבר הינה כי אין מקום לצפות לכך שהשופט יהא חסר פניות (IMPARTIAL). גיבוש העמדה יכול שינבע מדעות קדומות שיש לו לשופט כלפי מי מהצדדים, או כלפי נשוא המשפט, מבלי שקיים סיכוי ממשי כי שכנוע (רציונלי) יביא לשינוי העמדה. ושוב: לא די בכך שיש לו לשופט דעה בעניין נשוא המשפט. לשם פסילת שופט צריך שתהא לו דעה קדומה, וצריך להראות כי אין כל סיכוי שדעתו זו תשתנה במהלך המשפט. אכן, פסילתו של שופט בשל דעות (קדומות) אפשרית אפוא רק מקום שדעתו של השופט "נעולה" ואין הוא "פתוח לשכנוע ולשינוי".<sup>45</sup>

נדגיש כי משוא פנים נתפס כדעה קדומה שהשתרשה עוד לפני המשפט, ואינו בגדר הסקת מסקנות ועיבוד הנתונים שהגיעו לשופט במהלכו:

"... אפשר תעלה ותבוא הבחנה בין "משוא פנים" שהביא עימו שופט מביתו אל כס המשפט, לבין "דעה קדומה" שנולדה בליבו של שופט בעת ההליכים, ולא הרי זה כהרי זו."<sup>46</sup>

<sup>44</sup> ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ט(2) 375, 381.

<sup>45</sup> בג"צ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3), 573.  
<sup>46</sup> שם, בעמ' 599.

חשוב להזכיר, כי בצד האחריות הרבה שמטילה המערכת המשפטית על השופט, בהטילה עליו את ההחלטה לפסול את עצמו. היא רואה חשיבות רבה, בכך שהשופט ימנע מלעשות כן, במקרים שבו מבחן הוודאות הקרובה אינו מתממש, ואף מבטלת החלטות פסילה עצמית של שופטים:

"השאלה שיש לשאול היא, על כן, אם נתקיים חשש ממשי למשוא פנים במובן זה, שדעתו של היושב בדין "ננעלה", כך שניתן לראות בהליך כולו כ"משחק מכור"... הדגש הינו, על כן, לא רק בהליך הדיוני, במסגרתו נתגבשה דעה כזו או אחרת (אם בבקשה לסעד זמני; בערעור; בהליך קודם באותו עניין וכיוצא בזה), אלא בשאלה המהותית, והיא קיומו של חשש ממשי למשוא פנים לגוף העניין. במובן זה יכולה להיות, בין היתר, חשיבות לשאלה אם נשמעו ראיות אם לא... ואם נשמעו טיעונים אם לא. אין לקבוע רשימה סגורה של מקרים ועילות בעניין זה. כל מקרה לגופו. כל אירוע ונסיבותיו..."<sup>47</sup>

מבחינה דיונית, יש להעלות את טענת הפסלות בהקדם האפשרי. שיהוי של ממש, עלול לדחות טענה זו.<sup>48</sup>

במקרה אחר, בו היה פגם בהרכב המותב, ופסק-הדין בוטל מעיקרו, נקבע כי שני השופטים האחרים שישבו במושב, לא יוכלו לנתק את עצמם מן הראיות והעדויות שהובאו לפניהם, ולכן יש לקבוע מותב חדש ללא השופטים שישבו בדיון הראשון.<sup>49</sup>

בפסקי-דין מסוימים הייתה התייחסות למראית פני הצדק, כגורם המביא לפסילת שופט, אף אם נראה לבית המשפט שהשופט עדיין יכול לשפוט באובייקטיביות. לדעתנו, לא מדובר במבחן נוסף למבחן האפשרות הממשית, ויתכן שההבדל הוא בעיקר רטורי:

נותר עניין הבעת הדעה על המערער כביטויה בגזר הדין. בעניין זה יש, לדעתי, לנהוג בדרך, הבאה להסיר כל לזות שפתיים או תחושה לא נוחה והמבטיחה את התרומה המרבית להשגת מראית פני הצדק, נוסף על הצדק עצמו. אין לי ספק, כי השופט הנכבד שדן בעניין יוכל להשתחרר ללא קושי מכל השפעה אפשרית של הדיון הקודם, וחזקה עליו, כי אם

<sup>47</sup> ע"א 189/03 - אוניפארם בע"מ נ' Merck & Co Inc. תק-על 2003(1), 723, 724.

<sup>48</sup> ע"פ 8854/00 - אלמקייס נ' מדינת ישראל. תק-על 2001(1), 8, 10.

<sup>49</sup> בג"צ 4057/00 ישקר בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה (3) 743, 749-750.



החליט על קיום הדיון מראשיתו, אכן יבחן את הדברים ללא זיקה למה שהיה בעבר. אולם, כפי שכבר צוין לעיל, אין זה רצוי, שתיוותר תחושה של אי-נוחות אצל המערער עקב הדיון החוזר לפני בית-משפט, שכבר הביע דעתו בנושא, עליו נסב המשפט, ובקשר להתנהגות הכללית של המערער בנהגו בדרכים.<sup>50</sup>

במקרה נוסף, הוצגו לשופט עומס ראיות שאינן קבילות. נקבע שבמקרים חריגים, יתכן שעומס הראיות יכריע גם את השופט המקצועי, כך שיהיה בעל משוא פנים כלפי הנאשם:

"נקודת המוצא והנחת היסוד הינה, כי שופט מקצועי יוכל להפריד בין הראיה הקבילה לראיה שאינה קבילה, ואין בעצם קבלת מידע לא קביל כדי לפסול השופט. עם זאת, קיימים מקרים מיוחדים וחריגים, שבהם "המסה" של הראיות הלא קבילות אליהן נחשף השופט היא כה רבה, עד שיש בה כדי להכריע גם את מקצועיותו. גדר הספיקות הוא תמיד אם בנסיבות העניין, עניין לנו במידע לא קביל ששופט מקצועי יוכל "להתגבר" עליו, תוך שיעשה משפט ויראה שנעשה צדק, או שיש עניין לנו "במסה" כה כבדה של מידע לא קביל, עד שיש בכוחה להכריע גם את השופט המקצועי, או לפחות לעורר חוסר אמון ביכולתו של השופט להכריע אותה."<sup>51</sup>

## (2) עצמאות הרשות השופטת

בית המשפט קבע במספר הזדמנויות את עיקרון הפרדת הרשויות במטרה להגן על עצמאות הרשות השופטת. בבג"צ לאור נקבע<sup>52</sup>:

"קיומה של מערכת עצמאית של בתי משפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, הוא מערכי היסוד של המדינה."

כך גם דברי הנשיא ברק בבג"צ ולנר<sup>53</sup>:

מן המפורסמות הוא, כי עצמאותה (או אי-תלותה) של השפיטה היא אחד מערכיה המרכזיים של הדמוקרטיה הישראלית... עצמאות זו מתבטאת

<sup>50</sup> ע"פ 292/82 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 729, 735-734.

<sup>51</sup> ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 329, עמ' 336-335.

<sup>52</sup> בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421, 433.

<sup>53</sup> בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 794-795.

בהיבטים אישיים ("אי-תלות אישית") ובהיבטים מהותיים ("אי-תלות מהותית")... כל ניסיון, מכוון או בתום לב, ישיר או עקיף, של גופים פוליטיים להשפיע על ההכרעה השיפוטית, פוגע בעקרונות יסוד של המשטר החוקתי שלנו.

לפעמים דן בית המשפט, בעקרון הפרדת הרשויות, דווקא כדי להצדיק ביקורת שיפוטית על פעולתן של הרשויות האחרות. נקבע<sup>54</sup>:

"במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה - החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים - היא סמכותו של בית-המשפט... כל גישה אחרת תפגע בעצם מהותה של השפיטה ותשבש לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות ואת האיזון והבקרה (CHECKS AND BALANCES) ביניהן."

### 3. הזכות לאי משוא פנים בהצעות חוקה בישראל

הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, תשנ"ד-1994 קובעת בסעיף 7:

"7. משפט צדק והליך הוגן

(א) לכל אדם שהואשם בפלילים זכות למשפט הוגן.

(ב) אין מפעילים סמכות חוקית הנוגעת לזכויותיו של אדם אלא בהליך

הוגן, ללא משוא פנים וללא שיקולים שאינם לעניין."

הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, התש"ס-1999 של חבר הכנסת רביץ קובעת הסדר זהה.

### 4. הזכות לאי משוא פנים בחוקות בעולם- משפט משווה

#### משפט בינלאומי-

ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948), קובעת בסעיף 10:

<sup>54</sup> בג"צ 73/85 סיעת "כך נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152. וכן ראו פרשת בנק המיזרחי בעמ' 447-448.

Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.

לפי ההכרזה, כל אדם המואשם בעבירה פלילית, זכאי למשפט הוגן ופומבי, שיערך באמצעות בית-דין עצמאי וללא משוא פנים.

באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) נקבע בסעיף 14 :

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

באמנה נקבע, כי כל בני האדם שווים בפניו בת-משפט ובתי-דין. לנאשם בפלילים תעמוד הזכות למשפט הוגן, שיערך על-ידי בית-משפט עצמי, שהוקם על-פי חוק שידון בעניין ללא משוא פנים.

נציין, כי מדינת ישראל אשררה אמנה זו ביום 18 באוגוסט 1991, והיא נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3 בינואר 1992.<sup>55</sup>

#### האיחוד האירופי-

האמנה האירופית קובעת בסעיף 6 :

“1 In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time **by an independent and impartial tribunal established by law...**”.

<sup>55</sup> כ"א 31, ע' 269. ראו גם אדי קאופמן, **זכויות אדם במערכת הבינלאומית**, (משרד הביטחון- הוצאה לאור, תשס"א) 166.

האמנה האירופית קובעת במסגרת הזכות להליך הוגן את הזכות להישפט בפני בית-דין עצמאי שהוקם לפי חוק, מבלי שיהיה כלפיו משוא פנים.

בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע כי כל השופטים היושבים במושב ייהנו מחזקת חוסר משוא הפנים של השופט<sup>56</sup>, עד שיוכח אחרת, וזוהי אחת הסיבות, כנראה, למיעוט המקרים בהם נטען למשוא פנים.<sup>57</sup>

### מדינות אפריקה-

הצ'רטר האפריקאי בדבר זכויות האדם (1981), קובע בסעיף 7:

“1. Every individual shall have the right to have his cause heard.

This comprises:

(d) the right to be tried within a reasonable time by an impartial court or tribunal.

כמו כן נקבע בסעיף 26:

“States parties to the present Charter shall have the duty to guarantee the independence of the Courts and shall allow the establishment and improvement of appropriate national institutions entrusted with the promotion and protection of the rights and freedoms guaranteed by the present Charter”.

הצ'רטר האפריקאי על זכויות האדם (צ'רטר באנג'ול)<sup>58</sup>, קובע שלכל אדם יש זכות שעילת התביעה שלו תישמע, ובכלל זה הזכות להישפט על-ידי בית-משפט ללא משוא פנים. כמו-כן מתחייבות המדינות החתומות על הצ'רטר לדאוג לעצמאות בתי-המשפט שבתחומיהן.

<sup>56</sup> Le Compte, Van Leuven and Demeyre v. Belgium, Ser. A, No. 43, para. 58  
<sup>57</sup> Peter Radler, "Independence and Impartiality of Judges", *The Right to a Fair Trial* (David Weissbrodt & Rudiger Wolfrum - Eds., Springer, 1997) 727, 729

<sup>58</sup> African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force Oct. 21, 1986

משפט אמריקאי-

האמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם (1969), קובעת בסעיף 8 :

“1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.”

האמנה הפאן-אמריקאית בדבר זכויות האדם (אמנת סאן חוזה), שנחתמה ב-1969 ונכנסה לתוקפה ב-1978,<sup>59</sup> קובעת כי לכל אדם הזכות לשימוע על-ידי בית-דין עצמאי וחסר פניות, שהוקם קודם לכן בצורה חוקית.

התיקון השישי לחוקה האמריקאית קובע :

“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”

התיקון השישי קובע את זכות הנאשם להישפט, בפני חבר מושבעים חסר פניות, מהמדינה והמחוז בהם בוצע הפשע. נראה, שהמטרה היתה להבטיח ששופטי הנאשם, יגיעו מהיכן שבא, ויבינו את נסיבות המקרה, טוב יותר מאנשים זרים ממקום רחוק.

---

American Convention on Human Rights, O.A.S.Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 entered <sup>59</sup> into force July 18, 1978.

מתיקון זה הסיקה הפסיקה כי כאשר מתברר שהמושבעים מוטים בדעתם, נפגעת הזכות להליך הוגן:

"In essence, the right to jury trial guarantees to the criminally accused a fair trial by a panel of impartial, 'indifferent' jurors. The failure to accord an accused a fair hearing violates even the minimal standards of due process."<sup>60</sup>

תיקון 14 לחוקה קובע:<sup>61</sup>

"Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

מהתיקון ה-14 גזר בית המשפט האמריקאי את קיום הזכות להליך ללא משוא פנים:<sup>62</sup>

בארה"ב, מידת עצמאותה של הרשות השופטת פחותה מאשר במקומות אחרים בעולם. השופטים נבחרים בידי הנשיא והרשות המחוקקת, בשל דעותיהם הפוליטיות, ואמורים לייצג בפסיקותיהם. לאורך השנים התעוררו מחלוקות רבות בנושא גבולות הביקורת השיפוטית, שהובילו לחשש כבד לעצמאות הרשות השיפוטית.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> *Turner v. Louisiana*, (1965) 379 U.S. 466, 471-472

<sup>61</sup> ראו למשל: *Tumey v. Ohio* (1927) 273 U.S. 510, *Ward v. Village of Monroe*, (1972) 409 U.S. 57

<sup>62</sup> ראו למשל: *Tumey v. Ohio* (1927) 273 U.S. 510, *Ward v. Village of Monroe*, (1972) 409 U.S. 57

<sup>63</sup> לסקירה היסטורית של הפסיקות השנויות במחלוקת וההתקפות הציבוריות על בית-המשפט ראו: Barry Friedman "'Things Forgotten' In The Debate Over Judicial Independence", 14 Ga. St. U.L. Rev. 737

קנדה-

הצ'רטר הקנדי קובע בסעיף 11 :

“Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;”

גם בקנדה נקבע כי מהסעיף העוסק בזכות להליך הוגן, ניתן לגזור את קיום הזכות להליך ללא משוא פנים.<sup>64</sup>

במישור של פסלות שופט, נקבע בפסיקה הקנדית מבחן האפשרות הקרובה או הסבירות לדעה קדומה, שהתפרש כמבחן מהותי :

“The jurisprudence indicates that a real likelihood or probability of bias must be demonstrated and that a mere suspicion is not enough. The existence of a reasonable apprehension of bias depends entirely on the facts. The threshold for such a finding is high and the onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence. The test applies equally to all judges, regardless of their background, gender, race, ethnic origin, or any other characteristic.

The requirement for neutrality does not require judges to discount their life experiences. Whether the use of references to social context is appropriate in the circumstances and whether a reasonable apprehension of bias arises from particular

<sup>64</sup> ראו למשל: *Tumey v. Ohio* (1927) 273 U.S. 510, *Ward v. Village of Monroeville*, (1972) 409 U.S.

statements depends on the facts. A very significant difference exists between cases in which social context is used to ensure that the law evolves in keeping with changes in social reality and cases, such as this one, where social context is apparently being used to assist in determining an issue of credibility.”<sup>65</sup>

במקביל להחלת מבחן זה, נקבעה בפסיקה הקנדית חזקת חוסר משוא הפנים של השופט.<sup>66</sup>

“The test for apprehension of bias takes into account the presumption of impartiality. A real likelihood or probability of bias must be demonstrated.”<sup>67</sup>

שאלת משוא הפנים בהליך מעין-שיפוטי שנעשה על-ידי רשות אדמיניסטרטיבית נדונה על-ידי בית-המשפט העליון הקנדי.<sup>68</sup> דעת המיעוט ודעת הרוב, באותה פרשה, הסכימו כי אין לצפות מרשות אדמיניסטרטיבית להיות חסרת משוא פנים, באותה מידה שנצפה זאת מרשות שיפוטית. עם זאת, דעת המיעוט והרוב התפלגו בשאלה מהי אמת המידה, אם בכלל, שבגינה נקבע שההליך פסול בשל משוא פנים של אחד הצדדים. דעת המיעוט קבעה, כי יש להתחשב בכך שההליך לא נעשה על-ידי הרשות השיפוטית (אם כי עדיין השאיפה היא שההליך שהרשות תנהל לא יפגע בצדק הטבעי). לעומתה, קבעה דעת הרוב, כי אמנם אין ציפייה שההליך שמנהלת הרשות יהיה זהה להליך המנוהל בבית-המשפט, אך על ההליך לקיים סטנדרטים של חוסר משוא פנים מעצם היותו הליך מעין-שיפוטי.<sup>69</sup>

החוקה הקנדית מ-1867 קובעת, כי משכורות השופטים יקבעו על-ידי הפרלמנט. בכך מוגנת הרשות השופטת מפקידי ממשל שינסו להשפיע על עצמאותה באמצעות הורדת שכר השופטים או העלאתו.<sup>70</sup>

### “Salaries, etc., of Judges

<sup>65</sup> R v. S [1997] 3 S.C.R. 484, 487

<sup>66</sup> חזקה זו קיימת רק לגבי שופטים מקצועיים ולא חלה על מושבעים.

<sup>67</sup> Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island [1999] 3 S.C.R. 851, 852

<sup>68</sup> The Committee for Justice and Liberty v. The National Energy Board [1978] 1 S.C.R. 369, 395

<sup>69</sup> שם, בעמ' 384.

<sup>70</sup> Peter Hogg, *constitutional law of Canada* (The Carswell Company, 1985), 137



100. The Salaries, Allowances, and Pensions of the Judges of the Superior, District, and County Courts (except the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.”

בשנות ה-30, בעקבות השפל הכלכלי, התעוררה מחלוקת לגבי הורדת שכר השופטים ב-10% כתוצאה מחוק שקבע הורדת שכר בכל המגזר הציבורי. טענתם של השופטים (וכן של עורכי-דין העוסקים במשפט החוקתי, פקידי ממשל וחברי פרלמנט), היתה כי הדבר יוביל לפגיעה בעצמאות הרשות השיפוטית. בהסתמך על המילים “fixed and provided”, נטען כי אין להוריד בשכר השופטים.<sup>71</sup> בפועל, קבע בית המשפט הפדרלי, כי הורדת שכר השופטים אינה בלתי-חוקתית, אך דרישה בחוק להפרשת תשלומי פנסיה ממשכורת השופטים אינה אפשרית תחת סעיף 100.<sup>72</sup>

כיום, נושא המשכורות קבוע בחוק השופטים (Judges Act)<sup>73</sup>, בסעיפים 12-22.

רוב המשפטים הפליליים בקנדה, נערכים מול שופט בבתי המשפט של הפרובינציות. השופטים בבתי משפט אלה, הם היחידים שמקבלים את משכורתם מהפרובינציה עצמה, ולא מהמערכת הפדרלית. בפסק דין Valente<sup>74</sup> נקבע, כי למרות שאינם מההגנות הניתנות לשופטים בערכאות גבוהות יותר, בתי המשפט של הפרובינציה עדיין עצמאיים, כך שאין הפרה של סעיף 11(d) לצ'רטר הקנדי.

בקנדה נפסק שהחלטה שנתקבלה בחוסר משוא פנים היא החלטה פסולה. ברם, בעקבות פסיקה, לפיה משכורות שופטים משפיעות על שיקול דעתם ומוגנות מהתערבות בלתי חוקתית, נקבע כי אין אפשרות לשוב ולפתוח לדיון כל תיק שנדון בעוד השופטים היו נתונים כולם במצב אשר נפסק כי הושפע ממשוא פנים. על כן פותחה בפסק דין קמפבל<sup>75</sup> “דוקטרינת הצורך”, אשר קבעה כי אם

<sup>71</sup> שם, שם.

<sup>72</sup> *Beauregard v. The Queen* (Can.) (1983) 148 D.L.R. (3d) 205 (Fed. C. A.)

<sup>73</sup> *Judges Act* [R.S. 1985, c. J-1]

<sup>74</sup> *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673

<sup>75</sup> *R. v. Campbell* [1998] 1 S.C.R. 3

לא ניתן להעביר את המקרה לשופט שאינו נתון בניגוד עניינים באותה מידה, ניתן להכשיר את ההחלטה שהתקבלה במצב זה. זהו חריג לעיקרון הפסלות המוחלטת בקנדה.

### אנגליה-

המבחן הנהוג באנגליה, לבחינת קיומו של ניגוד עניינים, המביא לפסלות, הוא מבחן הסיכון הממשי ("real danger"). המבחן נקבע בפרשה שעסקה באפשרות למשוא פנים מצד מושבע:

"... Having ascertained the relevant circumstances, the court should ask itself whether, having regard to those circumstances, there was a real danger of bias on the part of the relevant member of the tribunal in question, in the sense that he might unfairly regard (or have unfairly regarded) with favour, or disfavour, the case of a party to the issue under consideration by him ..."<sup>76</sup>.

בהמשך, הורחבה ההלכה לגבי פסלות שופטים. נקבע כי במקרה של ניגוד עניינים ישיר, השופט מנוע מלשבת בדין ואילו במקרה של אפשרות עקיפה למשוא פנים, יש להחיל את מבחן הסיכון הממשי:

"The present state of English law in relation to apparent or assumed bias, as it applies to Judges and inferior tribunals, is that there is an automatic disqualification for any Judge who has a direct pecuniary interest (such as owning shares) in one of the parties or is otherwise so closely connected with a party that he can truly be said to be judge in his own cause; apart from that, if an allegation of apparent or unconscious bias is made, it is for the Court to determine whether there is a real danger of bias in the sense that the Judge might have unfairly regarded with

---

**R. v. Gough** [1993] A.C. 646, 670<sup>76</sup>

favour or disfavour the case of a party under consideration by him or, in other words, might be pre-disposed or prejudiced against one party's case for reasons unconnected with the merits of the issue."<sup>77</sup>

משכורות השופטים באנגליה, נקבעות בחוק על-ידי הפרלמנט, בכדי להימנע מהפעלת לחץ של הרשות המבצעת על השופטים.<sup>78</sup> עם זאת, ביחס לארצות הברית, הפרדת הרשויות באנגליה אינה נוקשה וראש בית הלורדים (Lord Chansllor) הוא גם שר בממשלה וגם ראש הרשות השופטת.<sup>79</sup>

### **צרפת-**

חוקת צרפת מ-1958 קובעת בסעיף 64 :

“The President of the Republic shall be the guarantor of the independence of the judicial authority.

He shall be assisted by the High Council of the Judiciary.

An institutional Act shall determine the regulations governing the members of the judiciary.

Judges shall be irremovable.”

החוקה קובעת כי האחראי להבטחת עצמאותה של הרשות השיפוטית יהא הנשיא וכי לא ניתן יהיה להעביר את השופטים מתפקידם.

הדיון בפסלות שופט בצרפת, אינו נעשה בפני השופט אותו מבקשים לפסול, אלא מועבר לשופט אחר, מאותה הערכאה, שידון בעניינו.<sup>80</sup>

כמו-כן קבע בית-המשפט לחוקה, כי זכויות הליכיות שונות הן נגזרת ישירה של ההכרה החוקתית בזכויות האדם, כפי שהוא משתקף בסעיף 1 לחוקת 1948 :

<sup>77</sup> *AT & T Corporation v. Saudi Cable Company* [2000] 1 Lloyds Law Reports 22  
<sup>78</sup> Hood, Phillips & Jackson, *constitutional and administrative law* (8<sup>th</sup> edition, Jackson & Leopold -  
 Editors, Sweet & Maxwell, 2001), 25

<sup>79</sup> שם, בעמ' 26.  
<sup>80</sup> Jean-Pierre Plantard, "Judicial Conflict of Interest in France", 18 *Am J. Comp. L.* (1970) 710, 713-714

“In the morrow of the victory achieved by the free peoples over the regimes that had sought to enslave and degrade humanity, the people of France proclaim anew that each human being, without distinction of race, religion or creed, possesses sacred and inalienable rights. They solemnly reaffirm the rights and freedoms of man and the citizen enshrined in the Declaration of Rights of 1789 and the fundamental principles acknowledged in the laws of the Republic.”

#### ספרד-

סעיף 104 לחוקה הספרדית קובע:

“(1) The judiciary constitutes an autonomous and independent branch of government not subject to any other.”

החוקה הספרדית קובעת כי את מעמד בית המשפט כגוף בלתי תלוי, אך אין בה הוראה לגבי משוא פנים כלפי צד במשפט.

#### איטליה-

סעיף 111 לחוקה קובע:

“(2) Trials are based on equal confrontation of the parties before an independent and impartial judge. The law has to define reasonable time limits for the proceedings.”

#### ניו-זילנד-

מגילת הזכויות הניו-זילנדית קובעת בסעיף 25:

“Everyone who is charged with an offence has, in relation to the determination of the charge, the following minimum rights:

(a) The right to a fair and public hearing by an independent and impartial court”

במגילת הזכויות הניו-זילנדית, הזכות קבועה במפורש, כאחד התנאים למשפט הוגן. עם זאת, בפסיקה נקבע, כי טענת פסלות שלא הועלתה בזמן תידחה מחמת שיהוי.<sup>81</sup>

### **אסטוניה-**

חוקת אסטוניה קובעת בסעיפים 146, 147 :

”Justice shall be administered only by the Courts. The Courts shall be independent in their work and shall administer justice in accordance with the Constitution and laws.

#### Article 147

(1) Judges shall be appointed for life. The bases and procedures for recalling judges shall be determined by law.

(2) Judges may be recalled only by a Court decision.

(3) Judges may not hold any other elected or appointed office, except in cases prescribed by law.

(4) Guarantees for the independence and the legal status of judges shall be determined by law”.

החוקה קובעת את עצמאות בתי המשפט, וכפיפותם לחוקת המדינה ולחוקיה.

כמו כן נקבע, כי שופטים ימונו לכל החיים, וכי העברת שופט מתפקידו תעשה רק על-פי החלטת בית-משפט. דרכים נוספות לשימור עצמאות השופטים ייקבעו בחוק.

### **דרום אפריקה-**

בסעיף 35 לחוקה הדרום אפריקאית נקבע:

<sup>81</sup> Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority [1995] 1 NZLR 142

“Arrested, detained and accused persons

35. (3) Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right

to a public trial before an ordinary court; ...”

ישנו אזכור בחוקה, לזכות להישפט בפני "בית משפט רגיל". נראה שהכוונה היא לערכאה המקובלת או סוג ביהמ"ש ושאינן זו התייחסות ודרישה לאפיו הניטרלי של ביהמ"ש. ואכן, בפסיקה שניתנה על-ידי בית-המשפט הדרום אפריקאי, נקבע כי המבחן שיש לנקוט לעניין פסלות שופט היא מבחן האדם הסביר. זהו מבחן צר יותר מזה שנקבע באנגליה, למשל, ויתכן שלחוסר העיגון החוקתי יש נגיעה לכך.

“The correct approach to the application ... is objective and the onus of establishing it rests upon the applicant. The question is whether a reasonable, objective and informed person would on the correct facts reasonably apprehend that the judge has not or will not bring an impartial mind to hear on the adjudication of the case, that is a mind open to persuasion by the evidence and the submissions of the counsel. The reasonableness of the apprehension must be assessed in the light of the oath of office taken by the judges to administer justice without fear or favour and their ability to carry out that oath by reason of their training and experience.”<sup>82</sup>

#### ניתוח ומסקנות מן המשפט המשווה :

בחינה של המשפט המשווה מראה, כי ישנה הסכמה רחבה לגבי הצורך ברשות שיפוטית עצמאית, בה ההליך השיפוטי (או לפחות ההליך השיפוטי במקרים פליליים) צריך להיעשות ללא משוא פנים. עם זאת, נראה כי המשמעות שניתנת לעקרונות, אלה בכל אחת ממערכות המשפט שסקרנו

<sup>82</sup> *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union* [1999] 4 S.A. 147, 177

היא שונה, הן מבחינת העיגון בחוקה והן מבחינת הפרשנות שניתנה לעקרונות או זכויות אלה על-ידי הרשות השופטת עצמה.

הדוגמא הטובה ביותר לכך הוא עניין הפסלות. הרשות השופטת מפרשת את מגבלות הכוח שלה. המתח העולה הוא בין הרצון לשמר את אמון הציבור במערכת, ולמנוע סחבת על-ידי בעלי הדין ובין, הרצון לעשות משפט שבו הצדק לא רק ייעשה, אלא גם ייראה.

בתוך כך התפתחו במדינות המשפט המקובל מבחנים שונים לפסילת שופט. בקנדה המבחן הוא מבחן האפשרות הקרובה או הסבירות לדעה קדומה, ואילו באנגליה המבחן הוא מבחן הסיכון הממשי. נראה כי בפועל, לא היה הבדל משמעותי בין המבחנים בארצות אלה, שכן האפשרות הקרובה הקנדית צריכה להיות "מהותית".

נזכיר, כי מערכת המשפט הצרפתית, היא דוגמא לפרוצדורת פסלות, שבה השופט שנגדו הוגשה בקשת הפסלות אינו דן בעניינו, אלא הנושא מועבר לשופט אחר מאותה הערכאה, שיוכל להחליט בנושא בצורה אובייקטיבית יותר.

## **5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי והמשפט המשווה**

### **(א) הזכות לאי משוא פנים מול שיקולי יעילות והליך ובזבוז זמן שיפוטי**

שופט שעולה נגדו טענת פסלות, יעדיף פעמים רבות להיענות לבקשה ולפסול את עצמו מדיון וכך להימנע ממצב שבו יערערו על החלטתו בתיק ולחסוך מעצמו חשדות וחוסר נעימות. אולם הדבר עלול להביא לעיכוב משמעותי בהליך הדיוני, מבלי שתהיה לכך הצדקה ממשית. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא אגרנט:

"...ברצוני להזהיר שגם אם חשיבותו הכללית של העקרון בו עסקינן אינה

מוטלת בספק, אין להגזים בהזדקקות אליו במקרים שבהם חשיבותו,

הלכה למעשה, היא מבוטלת, דבר שבעלי הדין ועורכי דינם עושים

לאחרונה חדשים לבקרים עד שלפעמים נוצר הרושם שחשוב יותר שהצדק

ייראה" מאשר שהוא נעשה בפועל.<sup>83</sup>

<sup>83</sup> עניין ידיד, לעיל, בעמ' 31.

מסיבה זו, נוטה בית-המשפט בפועל, לצמצם את העילות שבגינן יכול שופט לפסול את עצמו, אך ורק למקרים שבהם נראה, שיש סיכוי ממשי שלא יעשה צדק לבעל דין מסוים. לחילופין, שמראית פני הצדק נפגעת, ועלולה לערער את אמון הציבור ברשות השיפוטית.

בעקבות עיגון חוקתי של זכות זו, צפויה לעלות מחדש שאלת האיזון הראוי בינה ובין שיקולי יעילות הדיון. יש לבחון האם יש לעגן איזון זה בחוק, או שמא להשאיר את הדבר להחלטת בית-המשפט.

#### **(ב) האם הזכות מטילה חובה פוזיטיבית לעגן את עילות הפסלות בחקיקה**

לאור המצב החוקי כיום, כפי שעולה מהסקירה לעיל, עילות הפסלות שעוגנו בחוק הן עילות בסיסיות יחסית, שבהן נדמה שאין כל מחלוקת. מאחר שמדובר במקרים רבים בתחום אפור, שבו אין דרך לדעת באופן ודאי, האם ייגרם עיוות דין כתוצאה ממשוא פנים, נדמה שראוי לשקול הוספת עילות נוספות הנגזרות מכללי האתיקה.

מאידך, אפשר שפעולה זו היא התערבות יתר בעצמאות הרשות השיפוטית ובשיקול דעתה. לכן ייתכן כי המצב הקיים הוא סביר, בייחוד לנוכח פירוטן של העילות העיקריות בחוק.

#### **(ג) עקרון הצורך**

בעקבות עיגון הזכות בחוקה, יתכנו מצבים בהם לא ניתן יהיה למצוא שופט בערכאה שלא דבק בו החשש למשוא פנים, מבחינה מוסדית או אישית. דוגמא אפשרית היא הליך שיפוטי כנגד שופט, כאשר לא ניתן למצוא שופט אחר בערכאה הנתונה, שאינו נמצא עימו ביחסים קרובים.

במקרה זה ניתן להחיל את עקרון הצורך, לפיו באין חלופה אחרת, טובה יותר, יש להמשיך בהליך השיפוטי כמות שהוא, למרות החשש למשוא פנים. יש לצפות, שהחלטה כזו תעמוד בפסקת ההגבלה, שכן אחרת, אותה דמות תהיה חסינה מלעמוד למשפט בארץ.

#### **(ד) בטלות יחסית או מוחלטת**

שאלה העולה מעיגון הזכות בחוקה היא מה יהיה הסעד על הפרתה. האם יש לקבוע בחוקה שהליך שהתקיים תוך הפרת הזכות יבוטל מעיקרו, או שמא במידת האפשר ינקטו צעדים אחרים לתיקון העוול.

לדעתנו, לפחות בחלק מההליכים המנהליים אין מקום לבטלות מוחלטת, שכן פעמים רבות ניתן לתקן את המעוות רטרואקטיבית ובכך להביא את האדם למצב שבו היה, אילולא נפגעה הזכות.



**(ה) פגיעה בעקרון הפיקוח ההדדי בין הרשויות**

עיגונה החוקתי של הזכות לאי משוא פנים, מעלה את השאלה האם הדרך שבה מתבררת היום טענת הפסלות איננה לקויה, ופוגעת בעקרון הפיקוח ההדדי בין הרשויות. כאמור, השופט כלפיו נטענת טענת הפסלות הוא זה שדן בה ומחליט האם לפסול את עצמו מישיבה בדין. תיתכן פגיעה באמון הציבור, כאשר שופטים נמנעים מלפסול את עצמם במקרים שבהם נראה כי נוצר חשש ממשי למשוא פנים. לכן, יש לשקול האם ראוי להקים גוף חיצוני לבית המשפט שידון בטענות הפסלות.

מנגד, ניתן לטעון כי הקמתו של גוף כזה תפגע בעצמאות הרשות השופטת, במידה העולה על הנדרש, ותיצור אפשרות להשפעת הרשות המבצעת על בית המשפט. בנוסף, אפשר שייפגע אמון הציבור בבית המשפט, בעקבות נטילת סמכותו לדון בסוגיה. הדבר יצטייר כמעיד על פגם בהתנהלותו בנושא זה עד היום.

ישנה אפשרות הקיימת בארצות אחרות, לפיה הדיון בפסלות לא יצא מתחומה של הרשות השופטת, אלא יידון בפני שופט אחר באותה ערכאה. כך יישמרו הן עצמאותה של הרשות והן אמון הציבור באובייקטיביות המערכת השיפוטית.

**(ו) הגבלה מראש של טווח הביקורת השיפוטית**

אפשר כי ייקבע בחוק, כי לא ניתן יהיה לתקוף בבית המשפט החלטות ופעולות של גופים מסוימים. כלומר, שאין הם כפופים לכל ביקורת שיפוטית. קביעה כזו, תפגע בעצמאותה של הרשות השופטת, שכן היא נוטלת ממנה סמכויות שצריכות להישאר בתחום סמכותה. פגיעה דומה, תיתכן בקביעה מראש כי החלטות של בית המשפט הנוגעות לנושאים מסוימים ייהפכו על ידי המחוקק. קביעה שכזו תהווה פגיעה בזכות לאי משוא פנים, שכן ייווצר חשש שבית המשפט יימנע מלפסוק, בצורה מסוימת, מתוך החשש שהחלטתו תבוטל.

## ד. זכות גישה לערכאות

### 1. מבוא- הגדרת הזכות

זכות הגישה לערכאות הינה זכותו של אדם לפנות לערכאה שיפוטית ולקבל הכרעה בעניינו והיא כוללת בחובה את הזכות להופיע בעצמו בפני בית המשפט. הפן האחר של הזכות הוא מתן האפשרות לאדם להגן על עצמו בבית המשפט מפני הליך שמנוהל כנגדו על ידי אזרח או על ידי רשות של המדינה. מול זכות זו עומדת חובתה של המדינה לאפשר את קיום הזכות על ידי הקמת בתי משפט והעסקת שופטים במידה מתאימה. נקודה נוספת הינה מניעת מכשולים בפני האזרח למימוש זכות זו. חסמים אלו יכולים למנוע גישה יעילה אל בית המשפט. החסמים העיקריים הינם: ריחוק פיזי, איסור פניה לערכאות לחלקים מסוימים באוכלוסייה, התיישנות, תשלום אגרה ושכר טרחת עורך דין. החסמים האחרונים הינם חסמים כלכליים שיכולים למנוע ממי שאינם בעלי אמצעים כלכליים מספיקים את מימוש הזכויות המשפטיות אשר מגיעות להם. הזכות כוללת שלושה היבטים:

ראשית, קיומן של ערכאות שאליהן יוכל כל אדם לגשת.

שנית, הנגישות לערכאות הללו. לדוגמא: האם יש צורך בחוקה לקבוע כי ישנה חובה שיהיה בית משפט שלום באילת? האם ביטולו יהווה פגיעה בזכות זו? אם נרחיב את הפרשנות לזכות זו אולי ניתן יהיה לטעון שהדבר פוגע בה אולם יש לזכור את העלויות הרבות שקביעה זו גוררת עימה. שלישית, על מנת להפוך את הזכות למהותית יש צורך להפוך את זכות הייצוג לאפקטיבית. משום שמדובר בזכות התלויה בכך שהרשות המבצעת תקצה משאבים מספיקים למימושה, הרי שהדבר יבוא על חשבון דברים אחרים אליהם ניתן להפנות את המשאבים, על פי עקרון "השמיכה הקצרה".

### 2. עיגון זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי

ישנן שלוש דרכים פרשניות לעניין הזכות לגישה לערכאות. האחת, המרחיבה<sup>84</sup> על פיה מדובר בזכות הנגזרת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>85</sup>. השניה, גישת הביניים, על פיה יש לבחון

<sup>84</sup> ש' לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, 455.

<sup>85</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

את הזכות על פי הזכויות אליהן היא נלוות: קניין, חירות, כבוד וכיו'. שלישית, גישה השוללת את גזירת הזכות מחוק היסוד בין כזכות עצמאית ובין כזכות נלוות.

נראה, כי נפקות ההבחנה אינה משמעותית היות והכלל הבסיסי הוא שישנה זכות גישה לערכאות, ורק כאשר ישנה תקנה או חוק המסייגת זכות זו יש צורך בניתוח פרשני. יפים לעניין זה דברי השופט אור:

"... נראה לי, כי יש לאמץ עיקרון פרשני, לפיו בפרשנות הוראה שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול בפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. יש לומר כי נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד משמעית כדי להביא למסקנה כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה של זכות זו"<sup>86</sup>. (ההדגשה שלנו, ג.כ, א.ל)

על חוזקה של זכות זו ניתן ללמוד מפסק-דין לוי<sup>87</sup>, בו נקבע שאף כאשר שני הצדדים מסכימים בחוזה שלא תהיה פניה לערכאות משפטיות בית המשפט מוצא את הדרך לבחון את החוזה. הנימוק לכך כדברי השופט זמיר:

"גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות"<sup>88</sup>.

לסיכום הגישה של בית המשפט כלפי הזכות ניתן להביא את עמדתו של השופט חשין הרואה בזכות זו עיקרון על חוקתי:

"דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה - הרשות המחוקקת והרשות המבצעת - ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות

<sup>86</sup> ע"א 3115/93 ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח פ"ד (4) 549, 560.

<sup>87</sup> ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862.

<sup>88</sup> ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 875.

השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: "ויהי ממחרת וישב משה לשפוט את העם ויעמוד העם על משה מן הבוקר עד הערב" (שמות יח ג). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד"<sup>89</sup>.

ישנה מגמה חדשה שהתפתחה בשנים האחרונות, במיוחד לאחר חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה<sup>90</sup>. סעיף 18 לחוק זה מאפשר לנפגע העבירה להגיש הצהרה לבית המשפט. בכך, ישנו פיתוח נוסף של הזכות גם לגורמים נוספים שבעבר לא נחשבו לצד בהליך, אשר נוהל בין המדינה לבין הנאשם. כנגד זאת ניתן לטעון שהדבר מהווה פגיעה בזכויות הנאשם שנאלץ להתמודד עם גורמים נוספים מלבד המדינה העומדת מולו.

### **3. זכות הפניה לערכאות בראי הצעות החוקה הקודמות**

סעיף 19 להצעת החוקה של פרופ' אקצין מתשכ"ד-1964 קובע:

"(א) לא ייעצר ולא ייאסר אדם במדינת ישראל, ולא תישלל ממנו חירותו הגופנית באופן אחר, לא ע"י רשות ציבורית ולא ע"י אחרים, אלא על-פי צו או פסק-דין של בית משפט או בית-דין מוסמך או אם נתפס בשעת עשיית עבירה או כדי למנוע עשיית עבירה או על יסוד חשד סביר של עבירת עבירה או בהתאם לחוק השיפוט הצבאי או - בזמן מלחמה או במצב חירום - על פי צו הרשות הצבאית המוסמכת.

(ב) אדם שנשללה ממנו חירותו הגופנית ע"י רשות ציבורית כלשהי שלא על-סמך פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך, תינתן לו תוך 24 שעות

<sup>89</sup> ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ פ"ד נ"א(3) 577, 629.  
<sup>90</sup> חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001.

הודעה בכתב על טעמי שלילת החירות, והזדמנות סבירה תינתן לו מיד עם מסירת ההודעה להתקשר ולהיוועץ עם פרקליט לפי בחירתו. הוא ישוחרר תוך 48 שעות לאחר שנשללה ממנו חירותו כאמור, אלא אם כן הובא לפני שופט מוסמך והלה ציווה על המשך שלילת החירות לתקופת-זמן שתיקבע בצו. חלו ימי-מנוחה חוקיים בתוך התקופות הנ"ל, או קיים במדינה מצב מלחמה או מצב חירום, או שנשללה חירותו של אדם על-פי צו של רשות צבאית מוסמכת- מוארכות התקופות האמורות מ-24 שעות ל-72 שעות, ומ-48 שעות – ל-96 שעות.

(ג) תלונה כי תוגש בפני שופט מוסמך ע"י מי שנשללה ממנו חירותו או ע"י אחד הקרובים אליו, על שנשללה ממנו חירותו, הן ע"י רשויות ציבוריות והן ע"י אחרים, שלא כדין או בניגוד לסעיף זה, וישתכנע השופט כי התלונה מבוססת לכאורה, יצווה השופט על המחזיקים את האדם נשוא התלונה ועל מי שייראו לו כשותפים למעשה, להופיע בפניו או בפני שופט אחר בזמן ובמקום שייקבע בצו, בלויית האדם נשוא התלונה, ולנמק את טעמי החזקתו. אם לא ישכנעו המחזיקים והשותפים להם את השופט, כי נשוא התלונה מוחזק כדין, יצווה השופט על שחרורו מיד; צו זה לא ימנע הפעלת אחריותם האזרחית והפלילית של המחזיקים ושותפיהם עקב מעשיהם.

(ד) במידה שנבצר מאת שופטים אחרים במדינה לפעול לפי סעיף-משנה (ג), ניתנת בזה הסמכות לכל שופט של בית-המשפט העליון, ולכל הרכב שופטים של בית-המשפט העליון, לפעול את כל הפעולות הנידונות בסעיף משנה (ג).

בסעיף 13(א) להצעת החוקה המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2004 נקבע:

"לכל אדם הזכות לפנות לרשויות משפטיות להגנה על זכויותיו".

גם בסעיפים 13 ו-14 להצעת החוקה למדינת ישראל (1986) נקבע שיש לאפשר זכות גישה לערכאות:

13. כל אדם זכאי לפנות לערכאות שיפוטיות למימוש זכויותיו ולהגנה עליהן.

14. א) כל משפט יהיה פומבי והוגן ויערך בפני ערכאה שיפוטית שהוקמה בחוק.

גם בסעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט<sup>91</sup> וסעיף 4 להצעת חוק יסוד: זכויות במשפט<sup>92</sup> מופיעה זכות הגישה לערכאות:

"לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות".

#### **4. הזכות לגישה לערכאות בחוקות בעולם - משפט משווה**

##### **יפן-**

בחוקת יפן<sup>93</sup> נקבע בסעיף 32:

No person shall be denied the right of access to the courts.

בחוקת יפן מעוגנת זכות הפנייה לערכאות באופן כוללני וגורף, נקבע כי אין לשלול מאדם את זכות הגישה לבתי המשפט.

##### **אסטוניה-**

בחוקת אסטוניה נקבע בסעיף 15<sup>94</sup>:

- (1) Everyone has the right to appeal to a court of law if his or her rights or liberties have been violated. Everyone whose case is being tested by a court of law shall be entitled to demand any pertinent law, other legal act or procedure to be declared unconstitutional.
- (2) The courts shall observe the Constitution and shall declare as unconstitutional any law, other legal act or procedure which violates the rights and liberties laid down in the Constitution or which is otherwise in conflict with the Constitution.

<sup>91</sup> הצי"ח, התשנ"ד, 100

<sup>92</sup> הצי"ח, התשנ"ד 335

<sup>93</sup> סעיף 32 לחוקת יפן (1946).

<sup>94</sup> סעיף 15 לחוקת אסטוניה.

בחוקת אסטוניה נקבע כי לכל אדם הזכות הגישה לבית המשפט כאשר נפגעה זכותו או חירותו. כמו כן, לכל אדם שעניינו נידון בבית המשפט הזכות לדרוש כי החוק הרלוונטי או פעולה חוקית אחרת יוכרזו כבלתי חוקתיים.

### דרום אפריקה-

בחוקת דרום אפריקה נקבע בסעיף 34<sup>95</sup> :

”Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum”.

בחוקת דרום אפריקה נקבע כי לכל אדם יש זכות להביא כל סכסוך שניתן ליישוב באמצעות החוק להכרעה בבית משפט, בדיון הוגן ופומבי (או בפני טריבונאל עצמאי אחר באם יש צורך בכך). ראוי לציין כי בחוקת דרום אפריקה במסגרת זכות הפנייה לערכאות נכללת גם הזכות להליך הוגן (fair public hearing).

### הולנד-

בחוקת הולנד<sup>96</sup> נקבע בסעיף 17 :

”No one may be prevented against his will from being heard by the courts to which he is entitled to apply under the law”.

זכות הפנייה לערכאות אינה מנוסחת כפנייה לערכאות- פשוטו כמשמעו, כבחוקות המנויות לעיל אלא- הזכות להישמע (וייתכן שלא בכדי, שכן אולי באמצעות ניסוח זה התגברו על הבעיות העולות הזכות הגישה עצמה שעליה להיות אפקטיבית). במסגרת ”הזכות להישמע” מנוסח, על דרך השלילה, כי לא יימנע מאף אדם (שברצונו לעשות כן) להישמע על ידי בית המשפט אשר זכותו לפנות אליו על פי חוק. בעיה אשר יכולה לעלות מנוסח זה של הסעיף הינה סוגיית הרצון. האם

<sup>95</sup> סעיף 34 לחוקת דרום אפריקה (1996).

<sup>96</sup> סעיף 17 לחוקת הולנד (1983).

האדם יודע שזכותו להישמע בפני בית המשפט? והאם אדם אשר אינו רוצה מבין את משמעות העדר רצייתו?

### ארצות הברית-

בארה"ב<sup>97</sup> נקבע בתיקון ה-14 :

Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

כפי שנכתב בסעיף לא ניתן לנקוט בפעולה כלפי אדם ללא קיום הליך משפטי הוגן. המאפיין המרכזי של ההליך הוא ששני הצדדים יכולים לפנות לבית המשפט ולכן זכות הגישה לערכאות הינה בסיסית ומעוגנת כאחד מערכי היסוד של החוקה.

### איטליה-

בחוקת איטליה נקבע בסעיף 24 :

"(1) Everyone may bring cases before a court of law in order to

protect their rights under civil and administrative law.

(2) Defense is an inviolable right at every stage and instance of legal

proceedings.

(3) The poor are entitled by law to proper means for action or

defense in all courts.

(4) The law defines the conditions and forms for reparation in the

case of judicial errors".

---

<sup>97</sup> תיקון 5 לחוקת ארה"ב.



לפי חוקת איטליה לכל אדם הזכות להישמע בפני בתי המשפט על מנת להגן על זכויותיו לפי הדין הציבורי והמנהלי. כמו כן, מצוין בסעיף כי זכותו של אדם להגן על עצמו הינה זכות מקודשת כחלק בלתי נפרד מהליך המשפטי.

ראוי לציין כי בניגוד לכל החוקות המנויות לעיל, חוקת איטליה הינה החוקה היחידה בה ניתנת התייחסות לעניים ולחסרי אמצעים שעבורם זכות הגישה לבית המשפט הרבה יותר קשה להגשמה. בחוקה מצוין כי העניים וחסרי האמצעים זכאים לאמצעים הולמים לניהול הן הגנתם (כשהמדובר בהליך פלילי) והן לכל פעולה משפטית אחרת בבית המשפט.

### משפט בינלאומי-

בהצהרת זכויות האדם האוניברסאלית נקבע בסעיף 10 :

“Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him”.

מלשון סעיף החוקה עולה כי לכל אדם, בדגש על השוויון בין בני האדם, הזכות לשימוע הוגן ופומבי בפני טריבונאל עצמאי (לרבות בתי המשפט) בקביעת זכויותיו וחובותיו (דהיינו בהליך האזרחי) ובכל האשמה בפלילית כנגדו.

מניסוח הסעיף עולה כי לכל אדם הזכות לפנייה לערכאות (וייצוין כי לא נכתב שהערכאות הינן רק בתי המשפט אלא לגבי כל טריבונאל עצמאי- אשר יכול להיות גם מנהלי שהחלטותיו מעין שיפוטיות).

בנוסף לזכות הפנייה לערכאות קיימת גם הזכות לפומביות השימוע, והזכות להיותו הוגן.

לדעתנו, האחדת הזכויות הללו בסעיף אחד מעלה את חשיבותה של הפנייה לערכאות וחשיבות ההליך השיפוטי המתבצע בה.

### פולין-

בחוקת פולין<sup>98</sup> נקבע בסעיף 45 :

(1) Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and

<sup>98</sup> סעיף 45 לחוקת פולין (1997).

independent court.

(2) Exceptions to the public nature of hearings may be made for reasons of morality, State security, public order or protection of the private life of a party, or other important private interest. Judgments shall be announced publicly”.

בחוקת פולין, כמו בהצהרת זכויות האדם האוניברסאלית ניתן ללמוד על זכות הפנייה לערכאות מהסעיף הרלוונטי הקובע שלכל אדם הזכות לשימוע הוגן ופומבי בעניינו, ללא דיחוי בפני בית משפט עצמאי. כמו בסעיף 10 להצהרת זכויות האדם האוניברסאלית לעיל יסודות הזכות הינם:

**שימוע, הוגן, פומבי, בפני טריבונאל עצמאי.**

בחוקת פולין הוספה הזכות לשימוע ללא דיחוי.

#### **רומניה-**

בחוקת רומניה נקבע בסעיף 21:

”(1) Every person is entitled to bring cases before the courts for the defence of his legitimate rights, liberties, and interests.

(2) The exercise of this right may not be restricted by any law”.

מלשון הסעיף עולה כי לכל אדם הזכות לפנות לבתי המשפט (ולא לכל טריבונאל עצמאי). על מנת להגן על זכויותיו וחירויותיו הלגיטימיים.

ראוי לציין כי בניגוד לכל סעיפי החוקות האחרות המנויים לעיל, זוהי החוקה היחידה בה נתקלנו בה זכות זו שוריינה באופן כזה המונע מכל חוק לצמצם זכות זו.

## 5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי והמשפט המשווה

### (א) הייצוג

לאור העובדה שזכות הגישה לערכאות קשורה ישירות לזכות לייצוג, שכן ללא ייצוג הולם לא יהיה מימוש של זכות הגישה הרי שיש לבחון את ההסדרים הקיימים בישראל:

**בתחום הפלילי** הוקמה הסנגוריה הציבורית<sup>99</sup> שכל תכליתה הוא להעניק שירותי סניגוריה לאנשים אשר נבצר מידם מלממן שירות זה. כמובן שכמו כל זכות גם כאן ישנה בחינה פרטנית בחוקים ובתקנות לגבי זהות הזכאים לקבל סיוע משפטי זה.

בנוסף לכך ישנו סיוע משפטי **בתחום האזרחי**, החל מארגונים התנדבותיים כמו הל"ב וכלה בלשכות הסיוע המשפטי שהוקמו לאור חוק הסיוע המשפטי<sup>100</sup>. בית המשפט עמד על החשיבות של הייעוץ המשפטי גם בתחום המשפט שאינו פלילי כפי שנאמר בפסק-דין בן שושן<sup>101</sup>.

### (ב) אגרה

ישנם חוקים המסדירים את עניין האגרה, לדוגמא: בסעיף 85 לחוק המע"מ<sup>102</sup> נקבעה דרישה לתשלום חובות, שאין לגביהן מחלוקת, בטרם יתאפשר לדון בהשגות לגבי החובות שיש לגביהן מחלוקת. הבעייתיות היא בכך שישנה פגיעה בזכות הגישה לערכאות של הנישומים אשר לא פרידו בין החובות שיש לגביהם מחלוקת לבין אלו שאינם במחלוקת.

תשלום האגרה הינו המכשול הגדול ביותר העומד בפני אדם המעוניין להגיע לבית המשפט. הרציונל העומד מאחורי קביעת האגרה הוא יעילות. עידוד הצדדים להגיע להסכם הינו דבר שיחסוך זמן דיוני יקר. למרות זאת, ישנם הליכים המאפשרים פטור מתשלום אגרה או קבלת התשלום חזרה. הרציונל העומד מאחורי מתן הפטור מהאגרה הוא רצון לאפשר גישה לבית המשפט גם לאנשים אשר ידם אינה משגת את הסכום הדרוש על מנת לשלם עבור האגרה. ישנו צורך לאזן **בתחום המנהלי** בין העלויות שנגרמות לרשות המבצעת מביצוע הפעולות עליהן חלה האגרה לבין הרצון להגן על זכות הגישה לערכאות. אי תשלום אגרה כלל יפגע ביכולת הרשות המבצעת לפעול.

<sup>99</sup> חוק הסניגוריה הציבורית התשנ"ו-1995.

<sup>100</sup> חוק הסיוע המשפטי התשל"ב-1972.

<sup>101</sup> רע"א 6810/97 **בן שושן נ' בן שושן** נא(5) 375, 378.

<sup>102</sup> חוק מס ערך מוסף התשל"ו-1975.

**(ג) התיישנות**

מכשול אחר העומד בפני זכות הגישה לערכאות הוא ההתיישנות. כאשר מדובר **בתחום הפלילי** יש בכך הגנה על הנאשם אך לעומת זאת ישנה פגיעה בזכות הנפגע שאדם אשר פגע בו יענש. ישנה הגנה מסוימת לגבי קטינים בכך שתקופת ההתיישנות לגביהם מתחילה מיום הגיעם לגיל 18.

**התחום האזרחי** הוא התחום בו ישנה הפגיעה העיקרית בזכות הגישה לערכאות. לפי חוק ההתיישנות<sup>103</sup> ישנה תקופת התיישנות מוגבלת שלאחריה לא ניתן לנקוט עוד בהליכים משפטיים. ישנו איזון מסויים בכך שבמקרים מסוימים כמו הונאה או אי ידיעה תיתכן הארכה של תקופת ההתיישנות, כך שבכל זאת ניתן יהיה לנקוט בהליכים המתאימים.

**(ד) התנגשות של זכות הגישה לערכאות עם יעילות בתי המשפט**

הרחבת היקף זכות הגישה לערכאות עלולה לגרום לפגיעה ביעילות פעולת בית המשפט כאשר שינוי נושאים כמו תקופת התיישנות והארכתה עלולים ליצור עומס על מערכת בתי המשפט. כך גם לגבי הפחתת או ביטול האגרות אשר מלבד פגיעה בהכנסות המדינה עלולות ליצור הצפה של בתי המשפט בתלונות קנטרניות. לעניין זה ניתן להשיב כי לאחר זמן מסוים ייווצר איזון, היות וכל צד יוכל להגיש תביעות כאלה בעצמו וניתן לרפא את הפגם על ידי קביעת הוצאות משפט הולמות לתביעה שכזו.

---

<sup>103</sup> חוק ההתיישנות התשי"ח-1958.

## ה. חזקת החפות

### 1. מבוא - הצגת הזכות

#### (א) כללי

חזקת החפות מגדירה נקודת מוצא משפטית לפיה כל צד להליך משפטי נהג כחוק ואינו חשוף לענישה או סנקציות של המשפט האזרחי. **במשפט הפלילי**, חזקת החפות מטילה על המדינה את נטל השכנוע בדבר אשמתו של הנאשם, ברמה שמעבר לכל ספק סביר<sup>104</sup>.

גם **במשפט המנהלי** חלה חזקת חפות זהה לזו שבמשפט הפלילי ולפיה על רשויות המדינה להניח כי אדם חף מפשע עד שנמצא אשם על ידי בית משפט. יחד עם זאת פסיקת בית המשפט העליון כרסמה בחזקת החפות במשפט המנהלי באמצעות כלל "הראייה המנהלית", המאפשר לפסול מנוי ממשלתי עקב "עברו הפלילי" של המועמד בזמן שעבר זה נקבע על סמך כתב אישום או הודאה ולא על סמך הכרעת דין סופית.

**במשפט האזרחי** באה חזקת החפות לביטוי מובהק פחות, באמצעות הכלל לפיו "המוציא מחברו, עליו הראייה", כלומר נטל השכנוע מוטל על הצד התובע, לגבי יסודות עילת תביעתו וזאת ברמת מאזן הסתברויות<sup>105</sup>.

#### (ב) הנימוקים לקיומה של חזקת חפות חוקתית

חזקת החפות נחשבת לכלל יסוד המאפיין משטרים דמוקרטיים והתנגדות לה באה, בעת המודרנית, בעיקר מכיוונום של המשטרים הטוטליטריים של אמצע המאה הקודמת. החזקה נובעת ממספר **נימוקים ערכיים**:

ראשית, במדינה דמוקרטית המקדשת את הפרט וזכויותיו, נעדיף להסתכן בהתחמקותם של מספר אשמים מהדין מאשר לטעות ולהרשיע חף מפשע, ובכך לקפח את זכויותיו.

שנית, קיים חוסר איזון בין כוחה העדיף של המדינה (בהליך הפלילי) לבין כוחו של האזרח וחזקת החפות באה לאזן חוסר שוויון זה<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> ע"פ 339/80 עדיקה נ' מ"י, פ"ד לד (2), 106, 112.

<sup>105</sup> י' קדמי, "על הראיות" (חלק שלישי, הוצאת דיונון, תשס"ד), 1508-1506 (להלן: קדמי).

<sup>106</sup> ד' ביינ, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", עיוני משפט כ"ב, 11, 12 (להלן: ביינ).

שלישית, חזקת החפות מגינה על שמו הטוב של האזרח והיא מרככת את העלבון שבעמידה לדין ושומרת על האדם כחלק מהקהילה.

רביעית, **נימוק עובדתי-ראייתי**: מרבית אזרחי המדינה הם שומרי חוק ולכן עבירות הן חריג וחזקת החפות מבטאת ניסיון חיים זה<sup>107</sup>. נימוק זה הוא בעייתי משום שעל אף שמה, חזקת החפות אינה חזקה עובדתית המשתלבת בדיני החזקות: הסתכלות מצומצמת יותר מראה כי מרבית החשודים והנאשמים אינם חפים מפשע אלא אשמים, או בשפת חוקרי המשטרה: "אצלנו אין חפים מפשע"<sup>108</sup>. גם בלי להסתמך על נתונים סטטיסטיים אלו כל חזקה עובדתית לחפות ניתן לסתור באמצעות ראיות בשלב מוקדם להכרעת הדין ולכן חזקת החפות איננה חזקה עובדתית אלא פיקציה הנמשכת עד הכרעת הדין מהסיבות נורמטיביות שצוינו לעיל והיא מגינה גם על נאשמים וחשודים שהעובדות אינן מצביעות על חפותם<sup>109</sup>. מדויק יותר לומר שבתחילת ההליך הפלילי חזקת החפות מכילה פן נורמטיבי ופן עובדתי וראייתי וככל שמתקרבים לשלב הכרעת הדין הולך הפן הראייתי ומצטמצם ואילו הפן הנורמטיבי נשמר באמצעות "פיקצית החפות".

## **2. חזקת החפות בחוק ובפסיקה הישראלית**

### **(א) קליטת חזקת החפות במשפט הפלילי בישראל**

חזקת החפות מוכרת בישראל כעיקרון יסוד במשפט הפלילי מזה זמן רב<sup>110</sup>. חוק המעצרים מבטא את חזקת החפות בקובעו הוראות המחייבות תנאי החזקה אנושיים במעצרים של עצורים במהלך חקירה ובמעצר עד תום ההליכים<sup>111</sup>. תנאי מעצר אלו מבטאים את חזקת החפות כיוון שהיא אמורה ללוות חשוד ועצור במהלך מגעיו עם המשטרה והפרקליטות והתנהגותם אליו אמורה להיות כאל אדם חף מפשע. חפותו מזכה אותו בתנאים ובהקלות שהחוק מקנה לו.

<sup>107</sup> שם, שם.

<sup>108</sup> ר' קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים", **עלי משפט** ג', 405, 414-423 (להלן: קיטאי).

<sup>109</sup> שם, 428.

<sup>110</sup> בג"צ 94/62 מרווין לי גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז (3), 1846, 1851.

<sup>111</sup> חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996, ס"ח 1592 וכמו כן: מ' לינדנשטראוס, "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני- סוגיות נבחרות (הוצאת לשכת עורכי הדין, תשנ"ט) (להלן: לינדנשטראוס), 8.

**(ב) קליטת חזקת החפות במשפט האזרחי הישראלי**

גם המשפט האזרחי בישראל מכיר בחזקת החפות או יותר נכון בגרסה האזרחית שלה- חובת ההוכחה<sup>112</sup>. על כל אחד מהצדדים מוטל נטל השכנוע ולרוב גם חובת הראייה הנלווית אליו, לעניין טענותיו כלפי יריבו<sup>113</sup>. כל עוד לא הוכחו הטענות (שלו רוב יכללו האשמות על התנהגות החורגת מהחוקי והתקין) חזקה היא ששני הצדדים נהגו כחוק.

**(ג) חזקת החפות כנגזרת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**

רבים טוענים כי חזקת החפות נגזרת מכבוד האדם ולכן היא נקלטה כזכות חוקתית עם קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכנסת<sup>114</sup>. טענה זו מסתייעת בכך שתיקון 39 לחוק העונשין שנחשב לתיקון המיישם את עקרונות חוק היסוד בחוק העונשין כולל בתוכו במפורש את חזקת החפות<sup>115</sup>. מנגד, על אף האפשרות הסבירה לגזור את חזקת החפות מחוק היסוד, אין בכך כדי לספק את מטרותיה החינוכיות והדקלרטיביות של חזקת החפות. הכללתה של חזקת החפות במפורש ברמה החוקתית תשפיע על מעמדה בשיח הציבורי ועל התנהגות רשויות האכיפה.

**(ד) חריגים לחזקת החפות במשפט הישראלי**

**1. דיני ההסגרה:** דינים אלו חורגים מחזקת החפות כיוון שהם מסגירים חשוד למדינה אחרת מבלי לבחון בצורה מעמיקה את הראיות נגדו בבית משפט ולהכריע האם הוא אשם. ניתן לראות בהסגרה ענישה שמופעלת על ידי המדינה כלפי מי שעדיין אמור להיחשב לחף מפשע. הנימוק לחריגה זו הוא שחזקת החפות אינה רלוונטית לדיני ההסגרה בהם תפקידו של בית המשפט אינו לקבוע את אשמתו של החשוד אלא רק לבדוק האם ישנן ראיות לכאורה למעשיו ולהעביר את הדיון למדינה המבקשת את החשוד. במדינתנו יזכה החשוד למשפט ובו ייחנה גם מחזקת החפות<sup>116</sup>.

**2. הליך הוצאת צו גירוש בהתאם לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945:** בהליך זה לא תחול חזקה מקבילה לחזקת החפות כיוון שרשויות הביטחון אינן יכולות להרשות את חשיפת הראיות למעשי המגורשים. דרישה כי ראיות אלו ידונו בבית משפט תרוקן את תקנה 112 (1) מתוכן<sup>117</sup>. הפתרון

<sup>112</sup> קדמי, בעמ' 1505.

<sup>113</sup> ע"א 641/66 שפיר נ' שפיר, פ"ד כא (2) 363 וכמו כן קדמי, בעמ' 1507.

<sup>114</sup> א' ברק, "הקונסטרוקציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט י"ג (תשנ"ג), 5, 23 וגם א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג' פרשנות חוקתית (הוצאת נבו, תשנ"ד), 432.

<sup>115</sup> ראו ביין, עמ' 12 וגם ד' ביין, "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט י"ג, 251.

<sup>116</sup> בש"פ 5648/92 אדי אנטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (5), 494, סעיף 3 לפסק דינו של השופט אור.

<sup>117</sup> בשג"צ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג (1), 529, 536.

המוצע הוא פרוצדורה ייחודית בה ועד מייעץ בראשות משפטן יבחן את הראיות וייתן חוות דעת למפקד. אי קבלת חוות הדעת מקימה עילת עתירה לבג"ץ<sup>118</sup>. על אף פרוצדורה זו התוצאה הסופית הוא שגירוש יכול להתבצע ללא דיון הכולל חזקת חפות ומכח ראיות החסויות בפני המגורש.

**3. הראייה המנהלית:** בפסיקה נקבע כי חזקת החפות עומדת בישראל לא רק כהגנה בבית המשפט אלא גם אל מול הרשויות המנהליות<sup>119</sup>. יחד עם זאת, ישנם המתירים לרשות מנהלית להגיע להחלטות על סמך "ראיות שיש בהן כדי לשכנע אדם סביר בעברו של המבקש"<sup>120</sup> (הכוונה לעברו הפלילי). מדובר אמנם בדעת המיעוט בפרשת **גולד** אך חריג זה אומץ מאוחר יותר בפרשת **גינור**<sup>121</sup>. נקבע כי על אף שיוסי גינור לא הורשע מעולם בפלילים, הוא אינו כשיר לכהן כמנכ"ל משרד השיכון בשל עברו הפלילי. הקריטריון החליפי להרשעה בדין היה הודאה בפני רשות מוסמכת<sup>122</sup>. כלל הראייה המנהלית הורחב בפרשת **פנחסי**<sup>123</sup> בו הופסקה כהונתו של ח"כ פנחסי כסגן שר הדתות על סמך כתב אישום בלבד. בפרשת גינור השתמש בית המשפט בהודאה בפני רשות מוסמכת (נשיא המדינה) כתחליף להרשעה במצב בו גינור נחון לפני שהועמד לדין והרשעתו הייתה בלתי אפשרית. כאן מדובר במצב בו ח"כ פנחסי עומד לדין וכופר במיוחס לו, ובית המשפט קובע כי יש בהתנהגותו פגם מוסרי ומורה על הפסקת כהונתו, שאין לו כל ראייה פרט לכתב האישום<sup>124</sup>. הלכת פנחסי מכרסמת את חזקת החפות באופן גורף ככל שמדובר בפעילות רשות המנהל ונושאי משרה ציבורית. לעניין זה ניתן להוסיף את פסק הדין בעניין **דדעי**<sup>125</sup>, בו נקבע שיש לפטר שר בממשלה עוד לפני שהוגש כתב אישום כנגדו.

ייתכן כי תקינות המנהל ושמירה על טוהר המידות של בכירי הרשות המבצעת הן תכליות ראויות להגבלת חזקת החפות. יחד עם זאת, אם מדובר בזכות חוקתית עליהן לעבור את מבחני פסקת ההגבלה.

<sup>118</sup> לינדנשטראוס, עמ' 44.

<sup>119</sup> בג"צ גולד, עמ' 1851.

<sup>120</sup> שם, 1856-1857.

<sup>121</sup> בג"צ 6163/92 יואל אייזנברג ועו"ד אברהם אורן נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מז (2), 229.

<sup>122</sup> שם, 268. גינור הודה במעשיו בפרשת "קו 300" ונחון על ידי נשיא המדינה. קריטריון ההודאה בפני רשות מוסמכת אינו מתייחס להודאה רגילה במשטרה אלא למקרהו של גינור בו ההודאה והחנינה היוו תחליף לכתב אישום ולכן אין כל טעם בדרישה כי להודאה יתווסף חיזוק ראייתי. כמו כן ראו לינדנשטראוס, עמ' 53-58.

<sup>123</sup> בג"צ 4267/93 "אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין ולטוהר המידות" ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5), 441.

<sup>124</sup> לינדנשטראוס, עמ' 65.

<sup>125</sup> בג"צ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5), 404, פסק דינו של הנשיא שמגר.



4. **סגירת תיקים מחוסר ראיות**: סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי מאפשר סגירת תיק עקב ראיות בלתי מספקות וחוסר עניין לציבור<sup>126</sup>. הנחיות פרקליט המדינה קובעות כי סגירת תיק מחוסר ראיות תנומק ככזו ואילו אם משוכנע פרקליט המחוז או התובע כי החשוד אינו אשם תנומק ההחלטה לסגור את התיק ב"העדר אשמה"<sup>127</sup>.

שונות זו בנימוקי התביעה פוגעת בחזקת החפות של אדם שנסגר תיק נגדו מנימוק של חוסר ראיות. בציבור קיימת תחושה שאדם זה הינו "אשם יותר" ממי שנסגר נגדו תיק "מחוסר אשמה" ולא ניתנת לו כל אפשרות להתעמת עם הראיות (המעטות) שעמדו נגדו ולהזים אותן. חשוב לציין כי הנימוק לסגירת התיק נרשם בתיקי המשטרה. הסדר זה נתקף בישראל כפוגע בחזקת החפות. עתירה זו נדחתה<sup>128</sup>. פתרון אפשרי לפגיעה זו בחזקת החפות ובשמו הטוב של חשוד לשעבר, הוא כי חשוד שתיקו נסגר בשל "חוסר ראיות" יקבל זכות ערר בה יוכל להזים את הראיות המעטות העומדות נגדו ולהמיר את הנימוק לסגירת התיק ב"חוסר אשמה"<sup>129</sup>.

### 3. חזקת החפות בהצעות חוקה קודמות

מספר הצעות חוקה לישראל כללו סעיפים הקובעים את חזקת חפות. סעיפים אלו מופיעים בעיקר בהצעות החוקה המאוחרות יותר והם דומים מאוד בנוסחם:

הצעת חוקה למדינת ישראל<sup>130</sup> משנת 1986 קובעת בסעיף 15:

"כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין".

הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט<sup>131</sup> משנת 1994 קובעת בסעיף 4:

"כל אדם בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין".

הצעת החוקה של פרופ' בנדור<sup>132</sup> משנת 2000 קובעת בסעיף 96:

"כל אדם בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין".

הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2004 קובעת בסעיף 13:

<sup>126</sup> חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982, ס"ח 1043, סעיף 62 לחוק.

<sup>127</sup> הנחיות פרקליט המדינה מיום י"ט בטבת התשנ"ד (2.1.94), סעיף 1.3, סגירת תיקים בעילת "חוסר ראיות" ובעילת "חוסר אשמה" וכמו כן ראו לינדנשטראוס, עמ' 71.

<sup>128</sup> בג"צ 4539/92 קבלרו ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ (3), 50 וכמו כן לינדנשטראוס, עמ' 74-75.

<sup>129</sup> לינדנשטראוס, עמ' 76.

<sup>130</sup> הצעת חוקה למדינת ישראל, פרק ג' זכויות האדם.

<sup>131</sup> הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, ה"ח תשנ"ד 2219, 99.

<sup>132</sup> א' בנדור, הצעה לחוקת ישראל, משפט וממשל ה', 42.

....”

(ד) כל אדם בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין. לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לכל ספק סביר.”

סעיף זה מרחיב וכולל יחד עם חזקת החפות את נטל ההוכחה הפלילי. הרחבה זו היא משמעותית כיוון שיש הסבורים כי חזקת החפות כלולה בנטל ההוכחה הפלילי ואין לה קיום עצמאי, דעה זו באה לידי ביטוי בארה"ב.

#### 4. חזקת החפות בחוקות בעולם - משפט משווה

לפחות שישים ושבע מדינות בעולם כללו את חזקת החפות בחוקתן וכמו כן היא כלולה במספר מסמכים בינלאומיים<sup>133</sup>. נפרט את חלקן.

##### ארצות הברית-

חוקת ארה"ב אינה כוללת את חזקת החפות בצורה מפורשת. יחד עם זאת, הפסיקה האמריקאית קובעת כי חזקת החפות היא חלק הזכות למשפט הוגן הקמה מהתיקון ה-14 לחוקה<sup>134</sup>. פסק דין Estelle<sup>135</sup> עסק בנאשם שהובא למשפט במדי אסיר. בית המשפט קבע כי מצב זה פוגע בחזקת החפות ומשפיע על המושבעים והורה לאפשר לו להגיע למשפט בבגדים אזרחיים<sup>136</sup>. זהו שימוש מרחיב ומעניין בחזקת החפות המדגים כי ניתן לגזור ממנה זכויות רבות של הנאשם בהליך הפלילי. המשפט האמריקני רואה בחזקת החפות חזקה ראייתית-עובדתית בדומה לחזקות האחרות שבדיני הראיות (בניגוד לחזקה הנורמטיבית). הוא מפריד בינה לבין דרישת הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר, בה הוא רואה כלי לבחינה של הראיות<sup>137</sup>. גישות אחרות גורסות כי נטל ההוכחה הגבוה שבמשפט הפלילי מכיל בתוכו את חזקת החפות, לפחות ברובד העובדתי-ראייתי.

<sup>133</sup> M.C. Bassiouni, Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, 3 *Duke J. Comp & Int'l L.* 235, 265-266.

<sup>134</sup> Coffin v. U.S. 156 U.S. 4323, 453 (1895)

<sup>135</sup> Estelle Corrections Director v. William, 425 U.S. Reports 501

<sup>136</sup> לינדנשטראוס, עמ' 88.

<sup>137</sup> פרשת Coffin. כמו כן לינדנשטראוס, עמ' 91-93.

על אף ההרחבה שתוארה קודם, יש לזכור כי במשפט האמריקני חזקת החפות מצומצמת לתחום דיני הראיות וניסיונות לגזור ממנה זכויות של עצירים הממתינים למשפט לא זכו להצלחה<sup>138</sup>. תפיסה אחרת הייתה רואה בחזקת החפות זכות עם מימד נורמטיבי המשפיע על התייחסות הרשויות אל החשוד, בדומה להסדר בחוק המעצרים הישראלי.

### קנדה-

חזקת החפות מעוגנת בסעיף 11(d) לצירטר הזכויות הקנדי:

"to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal"

בית המשפט העליון בקנדה קבע כי חזקת החפות, הכלולה בסעיף זה לצירטר, מתייחסת לנטל הוכחת האשמה במשפט ונעדרת כל השלכה על ההליכים הקודמים להכרעת הדין, בהם אין מכריעים לגבי חפות או אשמה. יחד עם זאת, חזקת חפות נוספת נגזרת מסעיף 7 לצירטר, לפיו אין לפגוע בחייו, חירותו או בטחונו של הפרט, שלא בהתאם לעקרונות צדק בסיסיים. חזקה זו ישימה בכל שלבי ההליך הפלילי ולכן חזקת החפות מקבלת מימד נורמטיבי, שתואר בפרקים הקודמים<sup>139</sup>. סעיף 11(d) אינו חל במשפט האזרחי אך הפסיקה פיתחה כלל "חפות" אזרחי או יותר נכון לומר כלל נטל שכנוע אזרחי המבוסס על רציונל זהה<sup>140</sup>.

הפסיקה הקנדית פסלה כלא חוקתי חוק שקבע כי מי שמחזיק סמים מעבר לכמות מסוימת חזקה עליו כי הוא מתכוון לסחור בהם<sup>141</sup>. הפסיקה הקנדית הרחיקה לכת וקבעה כי כל הגנות המשפט הפלילי המוכרות פוגעות בחזקת החפות בגלל שהן מטילות על הנאשם להוכיח ברמת מאזן הסתברויות את יסודותיהן<sup>142</sup>. יחד עם זאת, ההגנות לא נפסלו מכיוון שנפסק כי הן מידתיות<sup>143</sup>.

בפרשת Downey<sup>144</sup> נקבע כי חוק המעביר לנאשם את חובת הבאת הראיות בלבד ודורש כי הנאשם יביא ראיות שיעוררו ספק סביר לגבי אי תחולת ההגנה, סותר את חזקת החפות. הנימוק

<sup>138</sup> Bell, Attorney General v. Wolfish, 441 U.S. Reports 520, 532.

כמו כן ראו לינדנשטראוס, עמ' 109-111.

<sup>139</sup> R. v. Morales [1992] 3 S.C.R. 711, 713-714.

כמו כן ראו קיטאי, עמ' 434.

<sup>140</sup> Little Sisters Books v. Can. [(2000) 2 S.C.R. 1120, paras 97-105].

<sup>141</sup> R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>142</sup> P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, (5<sup>th</sup> Ed, Carswell, 2002) 48-15.

<sup>143</sup> לעניין חזקת השפיות והגנת אי השפיות ראו: R. v. Chaulk [1990] 3 S.C.R. 1303.

לעניין הגנת השכרות ראו: R. v. Ratti [1991] 1S.C.R. 68.

<sup>144</sup> R. v. Downey, [1992] 2 S.C.R. 10.

להחלטה הוא שגם אם נאשם אינו מביא ראיות שיראו ספק סביר במיוחד לו ספק זה עדיין יוכל להתקיים, בעוד הנאשם נענש. מצב זה אינו יכול להתרחש כשהתביעה מחויבת להוכיח את המיוחד לנאשם, מעבר לאותו ספק סביר.

### אנגליה-

אחת הסברות לגבי מקורה ההיסטורי של חזקת החפות היא שהיא נובעת מהמשפט המקובל ומהמגנא כרטא<sup>145</sup>. מקור זה אינו מהימן ותקף (בעיקר מכיוון שהיה התחייבות בין מלך אנגליה ואציליו ולא התייחס לפשוטי העם). חזקת החפות לא נכללה במפורש באף מסמך עד שנת 1998. עד שנה זו התקיימה חזקת החפות בבריטניה מכוח המשפט המקובל.

חוק זכויות האדם משנת 1998 קולט למשפט האנגלי סעיפים רבים מאמנת זכויות האדם האירופאית<sup>146</sup> ובין השאר את סעיף (6) 2 הקובע חזקת חפות:

"Everyone charged with criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law".

### איטליה-

סעיף 27(2) לחוקת איטליה קובע חזקת חפות שלילית או חזקת היעדר אשמה:

"(2) The defendant may not be considered guilty until sentenced"

נוסח זה התקבל באיטליה עם קבלת החוקה בשנת 1947, כפשרה בין תומכי חזקת החפות למתנגדיה. הוא התקבל בפרלמנט על אף התנגדות הוועדה המכינה, שתמכה בחזקת חפות פוזיטיבית<sup>147</sup>. חוקרי המשפט האיטלקי חלוקים ביניהם בשאלה האם החוקה האיטלקית קיבלה חזקת חפות או רק הצהירה את המובן מאליו- שמי שלא נמצא אשם בבית משפט- לא ייחשב לאשם<sup>148</sup>. בית המשפט העליון באיטליה הכריע כי זוהי חזקת היעדר אשמה, המצומצמת בהיקפה מחזקת חפות פוזיטיבית והיא מאפשרת בין היתר מעצר על סמך חשד, עוד בטרם הכרעת הדין<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> ראו קיטאי, עמ' 411.

<sup>146</sup> The European Convention on Human Rights (1950), ראו דיון לגבי אמנות בינלאומיות.

<sup>147</sup> ראו קיטאי, עמ' 431.

<sup>148</sup> שם, 432.

<sup>149</sup> Guir. Cos. (1972) 1325, 1328, 1331, 1334, 1335.

**דרום אפריקה-**

סעיף 35(h) לחוקת דרום אפריקה קובע:

**"detained and accused persons:**

(h) to be presumed innocent, to remain silent, and not to testify  
during the proceedings"

הפסיקה בדרום אפריקה פסלה מספר חוקים בשל אי חוקתיות, על בסיס חזקת החפות: בפרשת Zuma<sup>150</sup> נפסל סעיף 217(1) לחוק הפלילי שהטיל על הנאשם את נטל ההוכחה לגבי הודאה שניתנה שלא מרצון חופשי. נפסק כי על המדינה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי ההודאה ניתנה מרצון חופשי ולכן סעיף זה בטל. נקבע בפסיקה כי העברת הנטל לתקבל בעבירות רגולטוריות, כדוגמת החזקת חומרים מסוכנים<sup>151</sup> (ראייה לכאורה לאחריות לנזק שנגרם מהם סותרת את חזקת החפות). אולם, היא לא תתקבל בעבירות פליליות ממש, אלא במקרים נדירים ביותר.

עוד קובעת הפסיקה כי כאשר המדינה מעוניינת להמיר את חזקת החפות בחזקת אשם היא מחויבת לספק הצדקה לפגיעה בחזקת החפות<sup>152</sup>.

בדרום אפריקה חזקת החפות אינה חלה במשפט האזרחי ובפרשת Prinsloo<sup>153</sup> דחה בית המשפט טיעון שהתבסס על חזקה זו בתביעת נזיקין שעסקה בהתפשטות אש בין חלקות.

**ניו זילנד-**

בחוקת ניו זילנד נקבע בסעיף 25:

"Everyone who is charged with an offence has, in relation to the  
determination of the charge, the following minimum rights:

...

<sup>150</sup> Z Motala, C. Ramaphosa, "Constitutional law- Analasis and Cases" (Oxford, 2002, 334).  
<sup>151</sup> S. v. Bhulwana; S. v. Gwadiso, CCT 12/95, Para 8  
<sup>152</sup> S. v. Manamela CCT 25/99 (14 April 2000) Para 40  
<sup>153</sup> Prinsloo v. Van der Linda and Another, CCT 4/96 (18 April 1998)

(c) The right to be presumed innocent until proved guilty according to law"

### אמנות בינלאומיות-

חזקת החפות באה לידי ביטוי במספר אמנות בינלאומיות :

חזקת החפות נכללת בסעיף 11 להצהרת האו"ם על זכויות האדם :

"Every one Charged with penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense".

אמנה זו אושררה על ידי מדינת ישראל, אך לא נקלטה לתוך המשפט הישראלי בחקיקה<sup>154</sup>.

סעיף 1.6 לאמנה האירופאית לזכויות האדם<sup>155</sup> משנת 1950 קובע כי :

"Everyone charged with criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law".

סעיף (6) 2 לאמנה האירופאית לזכויות אדם<sup>156</sup> קובע :

"Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law".

סעיף (14) 2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>157</sup> קובע :

"Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law".

<sup>154</sup> ראו לינדשטראוס, עמ' 36.

<sup>155</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Section 1, Article 6

<sup>156</sup> The European Convention on Human Rights (1950)

<sup>157</sup> International Convention on Civil and Political Rights ( Adopted by The United Nations General Assembly Resolution 2200 A(XXI) of 16 December 1966)

מן הראוי לציין שניסוח זה מגביל את חזקת החפות למשפט הפלילי ואינו מייצר חזקת חפות חוקתית לגבי המשפט האזרחי והמנהלי.

**לסיכום**, המקורות שהובאו מראים כי חזקת החפות מהווה זכות חוקתית במדינות רבות בעולם ובאמנות בינלאומיות, אם על ידי ציון מפורש בחוקה ואם על ידי פיתוח מתוך הזכות להליך הוגן (כמו בארה"ב). הובאו מקורות המכילים חזקת חפות פוזיטיבית (רוב המקורות, כיוון שברוב חוקות העולם, הכוללות חזקת חפות, מדובר בחזקה פוזיטיבית), כאלו המכילים חזקת היעדר אשמה וכאלו הדנים באותה נשימה בנטל ההוכחה מעבר לכל ספק סביר.

## 5. ניתוח סוגיות מרכזיות העולות מהמשפט הישראלי והמשפט המשווה

### (א) תחולת חזקת החפות על תחומי המשפט השונים

מדינות רבות קבעו חזקת חפות רק לגבי המשפט הפלילי. יחד עם זאת ישנן השלכות רבות של חזקת החפות גם במשפט המנהלי ובמשפט האזרחי ולכן מן הראוי לחוקק חזקה כללית, הזוהה לחזקות החפות בכל הצעות החוקה הקודמות. כלל "המוציא מחברו- עליו הראייה" הוא כלל נכון והגיוני היונק מאותם מקורות נורמטיביים ועובדתיים מהם יונקות חזקת החפות הפלילית והמנהלית. ראוי לספק גם לכלל זה מקור נורמטיבי בחוק יסוד.

### (ב) חזקת חפות פוזיטיבית מול חזקת היעדר אשמה

הבחנה העולה מהמשפט ההשוואתי היא ההבחנה בין חזקת חפות פוזיטיבית לבין חזקה נגטיבית או חזקת היעדר אשמה: חזקת חפות פוזיטיבית מניחה כי הנאשם או החשוד חף מפשע. חזקת היעדר אשמה מסתפקת בקביעה כי אין מקום לשום הנחה עקרונית בדבר חפותו או אשמתו של אדם עד הכרעת הדין, מה שמתבטא בניסוח כדוגמת "אדם לא ייחשב לאשם עד שהוכחה אשמתו בבית משפט"<sup>158</sup>. גישת הביניים של העדר אשמה מאפשרת חריגות מחזקת החפות והתחשבות בהסתברות גבוהה לאשמה בשיקולים והליכים שונים, כמו למשל ההחלטה האם לאפשר שחרור בערבות. אם אדם נחשב לחף מפשע, על בסיס זכות חוקתית, הרי שהגבלת זכותו לחירות בשל ההסתברות הגבוהה שהוא אשם במעשים המיוחסים לו ומסוכן לחברה תהיה קשה יותר. לעומת זאת, אם זכותו החוקתית רק קובעת כי לא ייחשב לאשם, הגבלת זכויותיו אפשרית ביותר. מרבית

<sup>158</sup> ראו קיטאי, עמ' 429-432.

המדינות הדמוקרטיות בעולם, חוקקו חזקת חפות חיובית וכפי הנראה ערכה המוסף תואם ערכים דמוקרטיים.

חזקת היעדר אשמה בדומה לחזקה הקיימת באיטליה, תספק לציבור את ההגנה מענישה ללא משפט ותגשים את מרבית מטרות חזקת החפות והעקרונות המצדיקים אותה. יחד עם זאת חזקת היעדר אשמה לא משרתת את המטרה החינוכית-דקלרטיבית שמשגיגה חזקת חפות פוזיטיבית ואת המסר הקהילתי בדבר שוויון זכויותיו של האזרח ושימור שמו הטוב.

#### יתרונותיה של חזקת חפות פוזיטיבית:

רבים סבורים לא קיים שוני מעשי בין חזקת חפות פוזיטיבית לחזקת היעדר אשמה<sup>159</sup>. יחד עם זאת, הערך המוסף של חזקת חפות פוזיטיבית מצוי בכוחה לאזן בין כוחה של המדינה לזכויות הפרט, מעבר לאיסור הענישה שמספקת גם חזקת היעדר האשמה. חזקת החפות מונעת שימוש שרירותי בסמכויות המדינה כלפי הפרט וצמצום פעולותיה העיקריות כלפיו לתקופה שלאחר הרשעתו<sup>160</sup>. יחסן של המשטרה והתביעה אל הפרט אמור להיות מושפע מקיומה של חזקת החפות. רשויות אלו אמורות להתחשב בחזקת החפות ולהימנע ככל הניתן מאמצעים מעין עונשיים בטרם הכרעת הדין<sup>161</sup>. כמו כן חזקת חפות חיובית אמורה לעודד את בחינתם של כיווני חקירה המניחים כי החשוד אינו אשם (אך לא את נטישתם של כיווני חקירה המניחים כי הוא אשם, כיוון שזו הנחת עבודה הכרחית של המשטרה לגבי כל חשוד). מטרות אלו לא יושגו אם רשויות האכיפה יונחו על ידי מסמך חוקתי שיקבע כי החשוד איננו אשם **עדיין, עד שנמצא אשם על ידי בית משפט**, הן יושגו אך ורק על ידי מסמך שיקבע כי החשוד הוא **חף מפשע עד שנמצא אשם על ידי בית משפט**. יתרון נוסף של חזקת חפות פוזיטיבית הוא המסר הקהילתי: חזקת החפות שומרת על מעמדו של החשוד כאזרח שווה זכויות בקהילה ויש בה מזרז מסוים לתחושת העלבון, הדחייה והניכור שיוצר ההליך הפלילי בחשודים ובנאשמים<sup>162</sup>.

#### **(ג) חזקת החפות ופומביות הדין- פרסום שמותיהם של חשודים ונאשמים**

חזקת החפות קשורה בחבל הטבור לרעיון השמירה על שמו הטוב של אדם ועל כבודו ומעמדו החברתי. אם אנו מניחים כי אדם הוא חף מפשע עד שיימצא אשם על ידי בית משפט, ראוי כי נמנע פרסומים המיידעים את הציבור כי הוא חשוד בעבירות, עד הרשעתו בדין.

<sup>159</sup> שם, 432.

<sup>160</sup> שם, 441.

<sup>161</sup> שם, 450. לדוגמה: מעצרים הנשענים על סיכוייו של עבריין לבצע עבירות עתידיות.

<sup>162</sup> קיטאי, עמ' 442.



רעיון זה עומד בסתירה לזכותו של הציבור לדעת, חופש הביטוי וחופש העיתונות, בייחוד שמדובר בחשודים שהם אנשי ציבור<sup>163</sup>. חזקת החפות אומצה בפסיקה כזכות המגבילה את חופש הביטוי וחופש העיתונות במסגרת דיני לשון הרע<sup>164</sup>.

בשנת 1982 מונתה וועדה "לבירור" הנושא, בראשות שופט בית המשפט העליון דוד בכור. הוועדה המליצה על חקיקת חוקים שיגנו על זכותם של חשודים ששמותיהם לא יתפרסמו. בין השאר הוצע כי פרסום פרטיו של חשוד או נחקר על ידי שוטר או איש ציבור יהיה עבירה פלילית שעונשה שנת מאסר וכי פרסום כזה אלא אם כן אושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המחוז, יהיה פרסום שלא כדין<sup>165</sup>.

#### **(ד) היקף חזקת החפות**

יש לקבוע האם החזקה החוקתית כוללת את חובת הבאת הראיות המשנית או שמא היא כוללת רק את נטל השכנוע. כמו כן, יש להכריע לגבי השלכותיה של חזקת החפות על שלביו שונים של ההליך הפלילי, מעבר לשלב בירור האשמה.

להכרעות אלו חשיבות רבה אך ספק רב אם מקומן הוא במסגרת חקיקה יסודית. אף נורמה מהנורמות החוקתיות, שנבחנו במסגרת מסמך זה, לא כללה התייחסות להיקף החזקה.

ניתן בהחלט לקבוע את היקף חזקת החפות הנורמטיבית במסגרת חקיקה רגילה, אליה תתייחס חקיקת היסוד או אפילו במסגרת הפסיקה. לדעתנו, האפשרות העדיפה בין השתיים היא חקיקה שתקבע כי חזקת החפות חלה על סייגים לאחרייות פלילית ומשפיעה על יחס הרשויות לחשודים ונאשמים, זאת בשל חשיבותה לחינוך רשויות האכיפה להתנהגות דמוקרטית ובשל השרירות בהבחנה בין סייגים לאחרייות פלילית לחריגים פנימיים עבירה.

#### **(ה) היחס בין חזקת החפות לנטל ההוכחה במשפט הפלילי**

כפי שהדבר תואר בסקירת המשפט המשווה, ניתן לקשור בין חזקת החפות לנטל ההוכחה שבמשפט הפלילי. מבחינת המשפט בארה"ב ניכר כי הסכנה שראו שופטי בית המשפט העליון האמריקני מערוב בין שני המושגים מאפיינת את שיטת המושבעים האמריקנית ולא את שיטת המשפט הישראלית<sup>166</sup>. קליטת הדרישה כי אשמה בעבירה פלילית תוכח מעבר לכל ספק סביר

<sup>163</sup> ראו לינדנשטראוס, עמ' 19.

<sup>164</sup> ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט (2), 843, 855 וכמו כן לינדנשטראוס, עמ' 18-13.

<sup>165</sup> ראו לינדנשטראוס, עמ' 20.

<sup>166</sup> זאת מכיוון שבארה"ב נטען כי שופט שהנחה את המושבעים לגבי נטל ההוכחה שמעבר לכל ספק סביר אינו צריך להנחותם לגבי חזקת החפות ראו לינדנשטראוס, עמ' 96. במשפט הישראלי בו חזקה על כל שופט כי הוא בקיא

במסמך חוקתי היא מעשה ראוי והוא אף הוצע בעבר בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

לבחינת היקף החזקה יש להבחין בין נטל השכנוע, אותו מעבירה חזקת החפות אל כתפי המדינה (או הצד שטוען לקיום עילה, במשפט אזרחי) לנטל הבאת הראיות. נטל השכנוע נתפס כהוראה, המופנית כלפי בית המשפט, לפיה במצב בו יתקשה להכריע בין גרסאות הצדדים עליו לפסוק נגד הצד עליו מוטל הנטל<sup>167</sup>. נטל השכנוע מלווה ברוב המקרים על ידי חובת הבאת הראיות, הנתפסת כהנחיה לצדדים, לפיה אם לא יביא הצד עליו מוטל הנטל, ראייה להוכחת עובדה מסוימת המהותית להכרעת הדין, קיים סיכון שבית המשפט יקבע ממצא העומד בניגוד לעניינו<sup>168</sup>.

לשון אחר, **נטל השכנוע פירושו כי על התביעה (או המתלונן בהליך אזרחי) להוכיח כי הנאשם אשם במיחוס לו מעבר לכל ספק סביר ועמידתה בכך תיבחן ברגע הכרעת הדין** (על ידי השופט שיבחר בין גרסאות הצדדים). **נטל הבאת הראיות פירושו כי מי שעליו מוטל הנטל חייב להביא ראיות שיעוררו ספק סביר לגבי טענות הצד שכנגד- אם מדובר בתביעה, ראיות שיעוררו ספק בחפות הנאשם ואם מוטל הנטל על הנאשם- ראיות שיעוררו ספק סביר באשמתו**<sup>169</sup>.

חזקת חפות חוקתית תגרום לבחינה מחודשת של ההסדרים בחוק ובפסיקה שסותרים את חזקת החפות. התייחסות לבעיות שתוארו ברשימה זו היא דבר ראוי ביותר אך לדעתנו גם אותה ראוי לבצע ברמה החוקית או אפילו ברמת הפסיקה. קבלת המלצות וועדת בכור לעניין פרסום שמות חשודים ונאשמים ראוי שתיעשה ברמת החקיקה וכן ראוי שייקבע בחוק מהו מעמדה של חזקת החפות בערעורים ולגבי סייגים לאחריות פלילית ומהו הסף הראייתי לעניין חזקת החפות המנהלית<sup>170</sup>.

קליטת חזקת החפות למימד החוקתי מעלה את השאלה האם חזקת החפות החוקתית תכלול את

נטל השכנוע בלבד או את נטל השכנוע וחובת הבאת הראיות גם יחד?

במשפט הישראלי ומיישמו לפי מיטב הבנתו, קליטת חזקת החפות יחד עם נטל ההוכחה של המשפט הפלילי אין בה סיכון גלוי לעין.

<sup>167</sup> ביי, עמ' 13.

<sup>168</sup> שם, 14.

<sup>169</sup> ראו דיון במשפט המשווה לגבי מדיניות בית המשפט העליון בקנדה.

<sup>170</sup> נושא זה כבר נקבע בחוק במסגרת תיקון 39 אך יתכן שלאור חקיקת חוק יסוד: זכויות במשפט מידתיותו תיבחן מחדש.

לשאלה זו השלכות רבות כיוון שהפסיקה יצרה כללים רבים המעבירים את חובת הבאת הראיות ואם ההגנה החוקתית תחול עליה יעמדו כללים אלו למבחן פסקת ההגבלה<sup>171</sup>.

לשאלת היקף ההגנה החוקתית של חזקת החפות יש היבט נוסף: על אילו שלבים בהליך הפלילי חלה חזקת החפות ומהי השפעתה בכל שלב? השלב בו חזקת החפות חלה באופן טבעי הוא שלב בירור האשמה והכרעת הדין. מעבר לתחום זה ישנו דיון לגבי השלכותיה של חזקת על היחס שמגלים נציגי הרשות החוקרת והתביעה כלפי חשודים ונאשמים לפני שלב בירור האשמה<sup>172</sup> ועל שלבים המאוחרים ממנו<sup>173</sup>. ההשלכות המיוחדות לחזקת החפות כלפי השלבים המאוחרים להכרעת הדין הן לגבי נטל ההוכחה בעניין סייגים לאחריות פלילית. הנימוק המרכזי הטוען כי חזקת החפות צריכה להשפיע כאן ולקבוע כי הנטל מוטל על כתפי התביעה הוא כי סייגים רבים לאחריות פלילית יכלו בקלות להיקבע במסגרת העבירות עצמן ולא ככללים חיצוניים והחלוקה בין חריגים פנימיים לעבירה וסייגים חיצוניים היא שרירותית<sup>174</sup>. מצב נוסף בו לא ברור מתי מתאינת חזקת החפות הוא מצב של ערעור: הנאשם נמצא על ידי בית משפט כאשם ולכאורה חזקת החפות התאינה לחלוטין. יחד עם זאת, ניתן בהחלט לומר שלעניין נטלי ההוכחה בערעור עצמו, ראוי שתוטל חובת ההוכחה על כתפי התביעה, בגלל חזקת החפות.

<sup>171</sup> שם, שם.

<sup>172</sup> ראו קיטאי, עמ' 450-456.

<sup>173</sup> ראו בין, עמ' 17-23.

<sup>174</sup> שם, 19.

## נספח- רשימת מקורות:

### חקיקה ישראלית

- חוק הכשרות והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962
- חוק הירושה, התשכ"ה-1965, סעיף 42(ג)
- חוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, סעיף 44(א)
- חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיף 1
- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו התשנ"ב-1992
- חוק זכויות נפגעי עבירה , התשס"א-2001
- חוק הסניגוריה הציבורית התשנ"ו-1995
- חוק הסיוע המשפטי התשל"ב-1972
- חוק מס ערך מוסף התשל"ו-1975
- חוק ההתיישנות התשי"ח-1958
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996
- חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982, סעיף 62
- חוק יסוד : השפיטה, התשמ"ד-1984
- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992
- בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984
- חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969
- חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992
- חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962
- חוק הקאדים, התשכ"א-1961
- חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1975
- חוק השופטים, התשי"ג-1953

חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002

הנחיות פרקליט המדינה מיום י"ט בטבת התשנ"ד (2.1.94), סעיף 1.3

#### פסיקה

דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 95-96.

רע"א 3323/98 בנימין זקן נ' קצין התגמולים, פ"ד נז(5) 577, 586-587.

ע"א 1662/99 חזקיהו חיים נ' אליהו חיים, פ"ד מו(6) 295, 322.

ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1

רע"א 2735/99 עמותת בית הכנסת לספרדים בשכונת אבו-טור בירושלים נ' אורנשטיין, 440.

טענות האגודה לזכויות האזרח בתיק 6535/02, ראו: <http://www.acri.org.il/hebrew->

[acri/engine/story.asp?id=464](http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=464) פסקאות 25-26.

ע"א 3115/93 ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח פ"ד נ(4) 549.

ע"א 3833/93 לוינ' לוינ' פ"ד מח(2) 862.

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ פ"ד נ"א(3) 577, 629.

ע"ש 1076/02 דינה יהודה נ' ראש לשכת הסיוע המשפטי, מחוז ירושלים והדרום.

רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375, 378.

ע"פ 339/80 עדיקה נ' מ"י, פ"ד לד(2) 106, 112.

ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 855.

בג"צ 94/62 מרווין לי גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז(3) 1846, 1851.

ע"א 641/66 שפיר נ' שפיר, פ"ד כא(2) 363.

בש"פ 5648/92 אדי אנטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 494, סעיף 3 לפסק דינו של השופט אור.

בג"צ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529, 536.

בג"צ 6163/92 יואל אייזנברג ועו"ד אברהם אורן נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מז(2) 229.

בג"צ 4267/93 "אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין ולטוהר המידות" ואח' נ' ממשלת ישראל

ואח', פ"ד מז(5) 441.

בג"צ 2491/02 בן ארי נ' השופט דן ארבל, מנהל בתי המשפט (טרם פורסם).

ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מדינת ישראל, נד(2) 49.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ט(2) 375.

בג"צ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3), 573.

ע"א 189/03 אוניפארם בע"מ נ' Merck & Co Inc. תק-על 2003(1), 723.

ע"פ 8854/00 אלמקייס נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

בג"צ 4057/00 ישקר בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה (3) 743.

ע"פ 292/82 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 729, 734-735.

ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 329, עמ' 335-336.

בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421.

בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758.

בג"צ 73/85 סיעת "כך נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141.

בג"צ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, פסק דינו של

הנשיא שמגר.

**חקיקה זרה**

האמנה האמריקאית

American Convention on Human Rights, O.A.S.Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S.

123 entered into force July 18, 1978.

קנדה

Judges Act [R.S. 1985, c. J-1].

בית הדין האירופי

Le Compte, Van Leuven and Demeyre v. Belgium, Ser. A, No. 43

ניו-זילנד

Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority [1995] 1 NZLR 142

דרום אפריקה

**President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football** <sup>1</sup>

**Union** [1999] 4 S.A. 147, 177

פסיקה זרהקנדה

Hunter v. Southam [1984] 2 S.C.R. 145

; Edmonton Journal v. Alta [1989] 2 S.C.R. 1326

.R. v. Morales (1992) 3 S.C.R. 711, 713-714

Little Sisters Books v. Can. (2000) 2 S.C.R. 1120, paras 97-105

.R. v. Oakes, (1986) 1 S.C.R. 103

R v. Chaulk (1990) 3 S.C.R. 1303

R. v. Ratti (1991) 1S.C.R. 68

R. v. Downey, (1992) 2 S.C.R. 10

R v. S [1997] 3 S.C.R. 484

Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island [1999] 3 S.C.R. 851

The Committee for Justice and Liberty v. The National Energy Board [1978] 1 S.C.R.

369

Beauregard v. The Queen (Can.) (1983) 148 D.L.R. (3d) 205 (Fed. C. A.)

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673

ארה"ב

Estelle Corrections Director v. William, 425 U.S. Reports 501

.Coffin v. U.S. 156 U.S. 4323, 453 (1895)

Bell, Attorney General v. Wolfish, 441 U.S. Reports 520, 532

Turner v. Louisiana, (1965) 379 U.S. 466

Tumey v. Ohio (1927) 273 U.S. 510

Ward v. Village of Monroeville, (1972) 409 U.S. 57

#### דרום אפריקה

.<sup>1</sup>S. v. Zuma and others, CCT 5q94 (5 April 1995)

.S. v. Manamela CCT 25/99 (14 April 2000) Para 40<sup>1</sup>

.S. v. Bhulwana; S. v. Gwadiso, CCT 12/95, Para 8<sup>1</sup>

Prinsloo v. Van der Linda and Another, CCT 4/96 (18 April 1998)<sup>1</sup>

#### אנגליה

R. v. Gough [1993] A.C. 646, 670

AT & T Corporation v. Saudi Cable Company [2000] 1 Lloyds Law Reports 22

#### **ספרות ישראלית**

א' אנגלרד, **הכשרות המשפטית** (האוניברסיטה העברית, 1995).

א' הראבן וחי' ברס, **כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל** (הקיבוץ המאוחד ומכון ואן ליר, 2003).

י' קדמי, **"על הראיות"** (חלק שלישי, הוצאת דיונון, תשס"ד).

מ' לינדנשטראוס, **"חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני- סוגיות נבחרות** (הוצאת לשכת עורכי הדין, תשנ"ט).

ש' לוינ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, עמ' 455.

ד' ביין, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", **עיוני משפט כ"ב**, 11.



ר' קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת  
הדין בפלילים", **עלי משפט** ג', 405, 414-423

א' בנדור, הצעה לחוקת ישראל, **משפט וממשל** ה', 42.

מאיר שמגר, "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע" **גבורות לשמעון אגרנט** 87 (אהרון  
ברק, רות גביזון, חיים כהן, יצחק זמיר, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי, שניאור זלמן פלר, מרדכי  
קרמניצר, יורם שחר – עורכים, גרפ-פרס, תשמ"ז).

אדי קאופמן, **זכויות אדם במערכת הבינלאומית**, (משרד הביטחון- הוצאה לאור, תשס"א) 166.

### ספרות זרה

M.C. Bassiouni, Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying  
International Procedural Protections and Equivalent Protections in National  
Constitutions, 3 *Duke J. Comp & Int'l L.* 235, 265-266.

P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, (5<sup>th</sup> Ed, Carswell, 2002) 48-1

S. B. Burbank, "What Do We Mean by 'Judicial Independence'?", 64 *Ohio St. L.J.*  
323

J. C. Wallace, "Judges' Forum No. 2: An Essay On Independence Of The Judiciary:  
*Independence From What And Why*", 58 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 241.

Peter Radler, "Independence and Impartiality of Judges", *The Right to a Fair Trial*  
(David Weissbrodt & Rudiger Wolfrum - Eds., Springer, 1997) 727

African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, adopted June 27, 1981, OAU  
Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 *I.L.M.* 58 (1982), *entered into force* Oct. 21, 1986

Barry Friedman "'Things Forgotten' In The Debate Over Judicial Independence", 14  
*Ga. St. U.L. Rev.* 737

Peter Hogg, *constitutional law of canada* (The Carswell Company, 1985).

<sup>1</sup> Hood, Phillips & Jackson, *constitutional and administrative law* (8<sup>th</sup> edition, Jackson & Leopold - Editors, Sweet & Maxwell, 2001), 25 .

Jean-Pierre Plantard, "Judicial Conflict of Interest in France", 18 *Am J. Comp. L.* (1970) 710.

Z Motala, C. Ramaphosa, "Constitutional law- Analasis and Cases" (Oxford, 2002, 334).

#### אתרי אינטרנט

אתר חוקות בעולם : <http://confinder.richmond.edu/>

אתר "דעת" של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, לימודי יהדות ורוח

<http://www.daat.ac.il/>

#### חוקות זרות

חוקת איטליה.

חוקת אסטוניה.

חוקת גרמניה.

חוקת דרום אפריקה

חוקת הולנד.

חוקת קרואטיה.

חוקת שבדיה.

חוקת הודו.

חוקה הפדראלית הבארה"ב.

חוקת ניו זילנד.

חוקת סלובניה.

חוקת ברזיל.

חוקת רוסיה.

חוקת רומניה.

חוקת פולין.

חוקת פינלנד.

חוקת ספרד.

### **אמנות בינלאומיות**

האמנה האירופאית לזכויות האדם.

האמנה בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות.

הצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם והאזרח.