

"חוק טובות לנפגעי עבירה" – על חוקתיות החסינות לפגיעה שלטונית בנפגעי עבירה

מיכל טמיר* ודנה פוגץ**

תקוות רבות נתלו בחקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 כחוק אשר יקנה לנפגעי עבירות בישראל מעמד משמעותי בהליכים הפליליים, אולם בפועל זכויותיהם של נפגעי עבירה מוגבלות ואף כשהן קיימות – אין איכות.

סעיף 21 לחוק זכויות נפגעי עבירה קובע, בין היתר, כי אי-קיום זכות מהזכויות הקבועות בחוק אינו, כשלעצמו, עילה למשפט אזרחי נגד רשות ציבורית או נגד עובד ציבור. נוסף על כך, פגיעה בזכותם של נפגעים לא תביא לביטול פסק דין פלילי. דהיינו, הפרת הזכויות של נפגעי העבירה אינה גוררת סעד מכוח החוק, והתוצאה היא כי אין השלכה משפטית לרמיסת זכויותיהם. הסנקציה היחידה הקיימת נגד עובדי הציבור היא משמעתית.

במאמר זה נבקש לטעון כי סעיף 21 פוגע בזכות הגישה לערכאות של נפגעי העבירה; הוא פוגע בזכותם לכבוד – שכן בשלילת הסעד נפגעים האינטרסים המוגנים ביסוד מתן הזכות; הוא פוגע בזכותם הקניינית על זכותם הנזיקית; והוא אף פוגע בזכותם לשוויון אל מול נפגעי עוולות נזיקיות, אשר רשאים ברגיל לתבוע את המדינה ברשלנות ואף את עובדי הציבור במקרים המתאימים לכך. משמצאנו שהסעיף פוגע בזכויות בסיסיות עליו לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעיקרה – תכלית ראויה של החוק והיות האמצעי הפוגע בזכות מידתי לצורך השגת התכלית. במאמר נראה כי גם אם התכלית להגן על רשויות התביעה בעבודתן היא ראויה, הרי שהפטור הגורף שניתן הוא בלתי-מידתי לחלוטין. זאת במיוחד על רקע העובדה שעל פי הכלל הרגיל בנזיקין אפשר לתבוע את המדינה בגין רשלנות, וכי חסינותם של עובדי ציבור אינה חלה על מעשים שנעשו בידעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו של נזק.

הפטור הגורף שניתן לתובעים ביחס לנפגעים משמעו שגם אם תובע לא נתן זכות שימוע לנפגע עבירה במכוון או מתוך שוויון נפש לנזק שייגרם לו – הוא חסין. כך, החוק גורם נזק רב, שכן לא זו בלבד שאינו מתמרץ את הרשות לקיים

* פרופסור חברה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט.

** פרופסור חברה, הקריה האקדמית אונו.

זכויות, אלא שהוא משדר לה חוסר אכפתיות מקיום הזכויות. חוק זכויות נפגעי עבירה הפך אם כן ל"חוק טובות הנפגעי עבירה" – נטול שיניים ויכולת אכיפה.

מבוא

תקוות רבות נתלו בחקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001,¹ כחוק אשר יקנה לנפגעי עבירות בישראל מעמד משמעותי בהליכים הפליליים לאחר שנים רבות של התעלמות מהם. אולם לא זו בלבד שהחוק מקנה לנפגעים זכויות מוגבלות, אלא שאף כשקיימות הזכויות – הן אינן אכיפות.

סעיף 21 לחוק זכויות נפגעי עבירה קובע כי אי-קיום זכות מהזכויות הקבועות בחוק אינו, כשלעצמו, עילה למשפט אזרחי נגד רשות ציבורית או נגד עובד ציבור. נוסף על כך, פגיעה בזכויות נפגעים לא תביא לביטול פסק דין פלילי. דהיינו, הפרת הזכויות של נפגעי העבירה אינה גוררת סעד מכוח החוק והתוצאה היא, כפי שנטען, שאין השלכה משפטית לרמיסת זכויותיהם. הסנקציה היחידה הקיימת נגד עובדי הציבור היא משמעתית. סעיף 21 פוגע בזכותם הקניינית של נפגעי העבירה לתבוע את זכותם הנזיקית; הוא פוגע בזכותם לכבוד – שכן בשלילת הסעד נפגעים האינטרסים המוגנים ביסוד מתן הזכות, וכן בשל הפגיעה הנוספת והמשנית הנגרמת להם מהתייחסות שיטת המשפט אליהם; הוא אף פוגע בזכותם לשוויון אל מול נפגעי עוולות נזיקיות, אשר רשאים לתבוע את המדינה בגין רשלנות ואף את עובדי הציבור במקרים המתאימים לכך;² והוא פוגע בזכות הגישה לערכאות.

לנפגע עבירה שנשללו זכויותיו אין למעשה כל מזור. כך למשל, אם לנפגע לא ניתנה זכות טיעון לפני אישור הסדר טיעון שנערך עם הנאשם הפוגע בו, בניגוד לסעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, אזי ראשית, על פי רוב בית המשפט יקבל את ההסדר, שכן בית המשפט מתערב רק במקרים נדירים בהסדרי טיעון.³ שנית, אין לנפגע יכולת לערער על גזר הדין, שכן הוא אינו צד להליך. שלישית, הנפגע לא יכול להביא לביטול פסק הדין בשל האמור בסעיף 21 לחוק; ורביעית, אין לנפגע עילה מול התביעה בשל החסינות הקבועה בסעיף 21 לחוק.

במאמר זה ייטען כי סעיף 21 הוא בלתי-חוקתי וכי אפשר להשיג את התכליות העומדות ביסודו באמצעים פוגעים פחות. אך מעבר לכך, הסעיף חותר תחת התכליות החברתיות של "תנועת הנפגעים", אשר לפיהן יש להקנות לנפגעים מעמד של "משתתפים" בהליך גם אם לא מעמד של צד בו. לאור המונופול של המדינה על ההליך הפלילי, יש בסעיף זה אמירה בעייתית ואף החמרה של הפגיעה המשנית הנגרמת מהתנהלותן של רשויות החוק והמשפט.⁴

הפרק הראשון יתאר את הרקע החברתי-משפטי להתפתחות תנועת הנפגעים בעולם. הפרק השני יתאר את המסגרת הנורמטיבית בישראל ובארצות-הברית כולל סעיפי

החסינות לעובדי ציבור הקיימים בחקיקה המעניקה זכויות לנפגעי עבירה. הפרק השלישי ידון בחוקתיות החסינות בישראל. במסגרת זו נפרט את הזכויות הנפגעות, ונסביר מדוע הפגיעה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ולפיכך אינה חוקתית. הפרק האחרון יסכם ויראה כי חוק זכויות נפגעי עבירה הפך ל"חוק טובות לנפגעי עבירה" – נטול שיניים ויכולת אכיפה.

א. רקע חברתי-משפטי – "תנועת הנפגעים"

את חוק זכויות נפגעי עבירה אפשר לראות כשיאו החקיקתי של תהליך חברתי משמעותי. על מנת לאתר את מקורותיו יש לפנות לארצות הברית, לאנגליה, לקנדה ולמדינות נוספות שבהן הוכרה "תנועת הנפגעים" כתנועה חברתית אשר הפכה לתנועה חברתית-פוליטית הדוחפת לשינוי משפטי.⁵ במאה השנים שקדמו לשינוי, מערכת המשפט הפלילי האדוורסרית הטהורה, הנהוגה בשיטות משפט אנגלו-אמריקניות, שיקפה תפיסה שלפיה הפשע הוא פגיעה בציבור ולא בפרט; שני הצדדים למשפט הפלילי הם המדינה והנאשם, ואילו הנפגע נדחק לשוליים.⁶ Robert Elias, בספרו החשוב אשר קישר בין נפגעים לזכויות אדם, כינה את היחס שלו זכו הנפגעים במערכת second class status.⁷ התוצאה הייתה שנפגעי עבירה אשר היו מאוכזבים מהמערכת – בעיקר שורדות אונס ואלמות במשפחה – הקימו קבוצות תמיכה וסיוע.⁸ אלה הפכו לארגונים הפועלים לקידום אינטרסים של נפגעים, לרבות ארגוני משפחות נרצחים ואימהות נגד נהיגה בשכרות.⁹ "תנועת הנפגעים" היא דוגמה קלאסית ל"grassroots movement", תנועה המתחילה מהשטח, מאורחים מן השורה ולא מלמעלה, מהאקדמיה או מפוליטיקאים. השינוי המשפטי שלו קוראת התנועה הוא חלק ממאבק כולל להיטיב את מצב הנפגעים. החשיבה התיאורטית על עקרונות התנועה והכתיבה האקדמית הגיעו, אם כן, לאחר פעולות הנפגעים עצמם.¹⁰ כך גם המחקרים אשר גיבו את דרישת הנפגעים, בזהותם את "הפגיעה המשנית" הנגרמת בידי המערכת.¹¹

בארצות הברית החלה התנועה לפעול בשנות השבעים של המאה העשרים, אך נהוג להצביע על תחילת השינוי המשפטי המשמעותי בשנות השמונים. בשנים אלה, לאחר לחצים של שדולות שונות, מצא הנושא את דרכו אל לב המערכת המשפטית – אל החקיקה והפסיקה.¹² זאת, לאחר שההכרה הציבורית בבעיה המשמעותית כבעיה חברתית-משפטית באה לידי ביטוי בכוח משימה שמינה הנשיא רייגן בשנת 1982.¹³ כדי להבין את מורכבות התמונה, וכן כמה מההתנגדויות שאותן נפרט בהמשך, יש לציין ש"תנועת הנפגעים" איחדה בתמיכה במאבקה כוחות שונים בתכלית ואף הפוכים, דוגמת פמיניסטיות, מחד גיסא; ושמרנים-ימנים, תומכי תנועת "חוק וסדר" מאידך גיסא.¹⁴ לא בכדי התפתחות התנועה במדינות שונות, מקבילה לעליית הפמיניזם ולעליית המודעות לסבלן של קבוצות מוחלשות דוגמת נשים וילדים.¹⁵ גרסה עכשווית של "תנועת הנפגעים" אפשר לראות כיום בקמפיין #MeToo, שבאמצעותו מבקשות נפגעות לחשוף פגיעות

בידי בעלי כוח, על מנת לשנות את יחסי הכוחות באופן שימנע פגיעות מיניות, ואגב העברת ביקורת על יחס מערכת המשפט לנפגעות.¹⁶

מבין השינויים הרבים אשר חלו במסגרת ההתפתחות המשפטית של זכויות נפגעי עבירה, וכללו "גל ראשון" של תיקוני חקיקה, ראוי לציון "הגל השני" – תיקון חוקות מדינות ארצות הברית.¹⁷ אף שתיקון החוקה הפדרלית על מנת להבטיח זכויות נפגעי עבירה עודדו שנוי במחלוקת, הרי שאזרחי כלל מדינות ארצות הברית הצביעו על תיקון חוקות המדינות, ואלה מבטיחות כיום, בנוסחים שונים, הגנה על הנפגעים וזכויות רחבות דוגמת הזכות ל"הוגנות" – fairness, או הזכות להליך הוגן – due process.¹⁸

הרציונל מאחורי "תנועת הנפגעים" הוא להחזיר לתמונת המשפט הפלילי את אותו אדם שהודר ממנו ואשר נושא את הצלקות על גופו. בכך, ובמיוחד לאור כוחה של התביעה בהליך הפלילי, זוהי תנועה המבקשת להשיב כוח לחלשים. מאחר שהעבירות הפליליות הן אירועים שוללי כוח, תנועת הנפגעים מבקשת להעצים אוכלוסייה מוחלשת זו. יתר על כן, היא דורשת להוציא מידי של התובע את שיקול הדעת להחליט כיצד לערב את נפגע העבירה בהליך. כך, לא ניתן יהיה להעדיף נפגעים מסוימים על פני אחרים ולהעניק זכות להבעת עמדה רק לאלה הנראים לתובע ראויים לכך, דהיינו נפגעים העולים בקנה אחד עם ההגמוניה האידיאולוגית. Nils Christie טבע מונח רלוונטי לדיונו – "הקורבן האידיאלי". הכוונה לאדם, או לקבוצת אנשים, שכאשר הם נפגעים מפשע, הם מקבלים בקלות את התיוג של "נפגעים" לגיטימיים.¹⁹ להמחשה, Joris van Wijk כינה זאת "הגברת הזקנה הקטנה".²⁰ James Dignan הוסיף אפיונים, שלפיהם הנפגע האידיאלי הוא תמים ואינו מכיר את "הזר הפוגע", וכן – חשוב לדיון זה – הנפגע מעורר סימפתיה ומשלב תכונות של כוח והשפעה, אך לא במידה שתאיים על בעלי הכוח.²¹ משמעות ההכרה בכך והדרישה שלא להעניק זכויות רק ל"נפגעים אידיאליים" אלה, היא קריאה להענקת זכויות גם לנפגעים המגיעים משכבות מוחלשות. כדברי Andrew A. Karmen, הם עשויים להיות אף חסרי בית, משתמשים בסם או זונות.²² מאחר שסקרי הקורבנות מראים שוב ושוב שמרבית הנפגעים אינם עונים על תמונת "הקורבן האידיאלי", ואף שקיימת חפיפה רבה בין קטגוריית הפוגעים לקטגוריית הנפגעים, הרי שלהבנה שזכותם של כלל הנפגעים ראויה להגנה ולאכיפה – יש חשיבות עצומה.²³

גם בישראל שלטה במשך שנים ארוכות תפיסת המודל הציבורי של המשפט הפלילי, עם השלכותיה השליליות על הנפגעים.²⁴ רק בשנות השמונים המאוחרות של המאה העשרים החלו נשמעים קולות, בארגונים חברתיים, ובהמשך כמשרד המשפטים ובכנסת, הקוראים לקדם זכויות משפטיות לנפגעים.²⁵ דומה שהמסמך המשמעותי הראשון היה דוח בנושא "קורבנות עבירה" אשר פרסמה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, בשנת 1987.²⁶ גם בישראל התקדמה "תנועת הנפגעים" כתנועה חברתית, ולאחר שנות פעילות אחדות גיבשו כמה ארגונים שונים בשנת 1998 קואליציה על מנת לקדם את זכויותיהם. בשנת 2001 אושרה בוועדת חוקה, חוק ומשפט וגם לקריאה שנייה ושלישית, הצעת חוק זכויות קורבנות עבירה, התשס"א-2001, של קבוצת חברי כנסת בראשות ח"כ

יעל דיין, הצעה שהייתה פרי שיתוף פעולה של דיין עם שדולת הארגונים.²⁷ במקביל, הצעת חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א-2001, שהייתה תוצר של ועדה בין-משרדית בראשותה של יהודית קרפ, אושרה במליאת הכנסת לקריאה ראשונה ביום 27.2.2001.²⁸ בסופו של תהליך הוחלט למזג בין ההצעות לנוסח ממשלתי מוסכם, והצעת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, אושרה במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית ב-6 במרס 2001.²⁹ מהצעת החוק הפרטית הורדו, בין היתר, פרקי השיקום והפיצוי,³⁰ וכן הוסף תיקון שעניינו הסרת תחולת החוק על רשויות אכיפת החוק והשיפוט הצבאיות.³¹ מייד לאחר מכן המשיך המחוקק בצמצום החוק. תחילה בדחייה גוברת והולכת של תחולת החוק בהגבלת סעיפים משמעותיים לנפגעי עבירות מין ואלומות חמורות בלבד, וכן בהסרת נפגעי עבירות תעבורה מהחוק.³²

בדומה לארצות הברית, אם כן, בולט החיבור בין "תנועת הנפגעים" לבין ארגוני מגזר שלישי דוגמת ארגוני נשים פמיניסטיות ונפגעי עבירות אלימות חמורות.³³ הקריאה לשינוי משפטי באה מתוך העבודה היומיומית עם נפגעים, ומתוך התסכול מהפגיעה הנוספת הנגרמת להם במערכת המשפט, בין השאר בשל היעדר מעמד זכויות.³⁴ ינאי וגל מציינים שחוסר שביעות הרצון של נפגעי העבירות הפליליות ממצבם נבע גם מההבחנה בינם לבין נפגעי עבירות טרור, אשר זכו להכרה משפטית בשלב מוקדם יותר.³⁵ תחושת הנפגעים בישראל הייתה שקיימת "היררכיית שכול", קודם כול המדינה דואגת למשפחות שכולות של חיילי צה"ל, לאחר מכן לנפגעי טרור ביטחוני ורק בסוף לנפגעי עבירות פליליות. כלומר, אלה האחרונים הרגישו כנפגעים מדרגה שלישית.³⁶ הדבר אף הוביל נפגעי עבירה לדרישת הכרה ב"טרור אזרחי".³⁷ דוגמה בולטת למאבק של משפחת נפגעים להרחבת זכויות היא מאבקה של משפחת גרינשפן שבתם שחר נפגעה בתאונת דרכים אך המשפחה לא עודכנה בדבר הסדר הטיעון.³⁸ מאבק זה הוביל את חבר הכנסת זאב בילסקי להגיש הצעה לתיקון החוק ולהכללת נפגעי עבירות הפקרה לאחר תאונה בקטגוריית הנפגעים הזכאים לזכויות וכן להחמרת הענישה בעבירות הפקרה –³⁹ הצעות אלה אכן התקבלו.⁴⁰ מבחינה תיאורטית, אפשר לקשר את השינוי אשר חל בישראל של שנות התשעים גם למהפכה החוקתית ולהכרה בזכויות נפגעים כזכויות אדם.⁴¹

"תנועת הנפגעים" עוררה ומעוררת גם תגובות נגד, ולא רק מצד ה"חשודים המיידים" דוגמת סניגורים – אשר באופן טבעי דואגים לזכויות חשודים ונאשמים, וליברטריאנים – המזהים באופן היסטורי זכויות להליך הוגן עם זכויות חשודים ונאשמים.⁴² אפשר להצביע על שתי סיבות להתנגדות, האחת מפורשת והשנייה משתמעת. ראשית, החשש מפגיעה בשיטה האדוורסרית הנוהגת, שכן מתן מעמד לנפגע, גם אם כמשתתף ולא כצד להליך, משמעותו הכנסת גורם נוסף להליך דו-ראשי;⁴³ לעיתים, בעיקר בהתייחס לענישה, התבטא חשש זה כהתנגדות להכניס רגשות "נקם" להליך, אל מול "תגמול", שהוא מוצדק.⁴⁴ שנית, חששם של הגורמים אשר באופן מסורתי ניהלו את מערכת המשפט הפלילי מפני אובדן כוחם. גורמים אלה כוללים את המשטרה, רשויות התביעה, ועדות שחרורים וכל גורם אחר שהנפגעים מבקשים לקבל זכות להבעת עמדה על פעולתו וכך

להשפיע. התנגשות זו הייתה ברורה מראשית ימי התנועה.⁴⁵ נימוק זה נכון שבעתיים באקלים משפטי שבו מרבית ההליכים הפליליים מסתיימים בהסדרי טיעון, משמע – כוחם של בתי המשפט פוחת ואילו כוחה של התביעה גובר.⁴⁶ חשוב להדגיש כי החוק שהתקבל בישראל אינו הופך את נפגע העבירה לבעל דין בהליך הפלילי, אך הוא מכיר במעמדו כמי שזכאי למידע שתמסורנה רשויות החוק, ובכך בוודאי שאין פגיעה בזכויות חשוד או נאשם. לעיתים זכאים נפגעים מסוימים, כמו נפגעי עבירות מין ואללימות חמורה, להביע עמדה בפני גורמי התביעה, אולם גם בהבעת עמדה זו אין משום פגיעה בזכויות נאשמים, שכן אין לנאשמים זכות מוקנית שנפגעים לא יספרו על הנזק שנגרם להם. דהיינו, הזכויות להשתתפות בהליך הפלילי, לעומת זכויות למידע בלבד שאינן עשויות להשפיע בדרך כלשהי על מצבו של הנאשם, מוגבלות לנפגעי עבירות חמורות וכן לשלב הקודם ממש להרשעה (הסדר טיעון) או לאחריה (טיעונים לעונש, שחרור מוקדם, חנינה).⁴⁷ בכך הזכויות מבטאות את האיזון שערך המחוקק בין זכויות נפגעים לזכויות חשודים ונאשמים. נקודת האיזון נקבעה בעבירות חמורות ובשלב שבו חזקת החפות כבר אינה קיימת וקל יותר להצדיק זכויות נפגעים להשתתפות בהליכים.⁴⁸ מאמר זה יוצא מתוך הנחת המוצא של הזכויות הקיימות – אשר מגלמות בתוכן את תוצאת הוויכוח בין תומכי ומתנגדי זכויות נפגעי עבירה. השאלה היא אפוא לא הצדקתן של הזכויות, אלא בהינתן קיומן – היכולת לאכוף אותן. נפנה אם כן להבהרת המסגרת הנורמטיבית של דיוננו.

ב. מסגרת נורמטיבית: ישראל וארצות הברית

חוק זכויות נפגעי עבירה מורה בסעיף 21, שכותרתו הגנה מפני משפט פלילי או אזרחי:

אי קיום זכות מהזכויות הקבועות בחוק זה אין בו כשלעצמו כדי לפסול הליך פלילי, או כדי להוות עילה למשפט פלילי או אזרחי נגד רשות ציבורית או עובד ציבור; ואולם אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע נקיטת הליך משמעתי לפי כל דין.⁴⁹

בהצעת החוק הופיעה הוראה זוהה בסעיף 17(ה), סעיף שעניינו "מימוש הזכויות".⁵⁰ להצעה צורף ההסבר הבא:

לבסוף מוצע לקבוע שהפרת הזכויות המפורטות בחוק אינה מקימה עילת תביעה ישירה, פלילית או אזרחית, נגד עובד הציבור או הרשות הנוגעים בדבר. עם זאת מוצע להבהיר שהסעיף אינו מונע נקיטת הליכי משמעת קיימים נגד העובד, ובכך לאפשר בקרה מערכתית על יישום הזכויות ותגובה מערכתית להפרתן.⁵¹

כלומר, המחוקק לא נימק כלל מדוע נמנעת בחוק הגשת תביעה נגד עובד הציבור או הרשות, ומהדברים עולה הנחה שהעמדה לדין משמעתי תהווה תרופה מספקת להפרה כמו גם מנגנון בקרה הולם על יישום הזכויות.

המשמעות היא שהפרת זכויותיהם של נפגעי עבירה כפי שהן מעוגנות ברמה התת-חוקתית מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה אינה גוררת אחריה סעד. החוק אינו מתמרץ

את הרשות למנוע הפרת זכות מהזכויות ומנוע מהנפגעים, אשר זכותם הופרה, פנייה לערכאות.⁵² ינאי וגל ציינו שעקב הוראה זו, הזכויות בחוק הן סמליות ואמורות להוות השראה בלבד (aspirational).⁵³ לכאורה, נפגע החפץ לתקוף את התנהלות התביעה ביחס אליו רשאי לפנות לבג"ץ, אך באופן מעשי, בג"ץ חסם בהחלטותיו כמעט לחלוטין את דרכם של נפגעים להשיג על התנהלות התביעה לעניין הסדרי טיעון.⁵⁴ משכך, אין לנפגעים שזכויותיהם מופרות כל סעד, מלבד התלונה המשמעתית.

יצוין כי לאחרונה התקבל תיקון לחוק השיפוט הצבאי והוסף חלק 1ח העוסק בזכויות נפגעי עבירה.⁵⁵ סעיף 513כב זהה לסעיף 21 לחוק זכויות נפגעי עבירה ומוסיף "בסעיף זה, 'עובד ציבור' – לרבות חייל". המשמעות היא כי בה בעת מתרחב מעגל הזכאים בזכויות נפגעי עבירה, אולם גדל גם מעגל גורמי התביעה המוגנים בחוק.

החוק הפדרלי האמריקני Crime Victims' Rights Act קובע בסעיף (d), שכותרתו **אכיפה ומגבלות**, את ההוראה הבאה:

(6) NO CAUSE OF ACTION

Nothing in this chapter shall be construed to authorize a cause of action for damages or to create, to enlarge, or to imply any duty or obligation to any victim or other person for the breach of which the United States or any of its officers or employees could be held liable in damages. Nothing in this chapter shall be construed to impair the prosecutorial discretion of the Attorney General or any officer under his direction.⁵⁶

המחוקק האמריקני בחר, אם כן, לא רק להגביל את אחריות הרשות, אלא גם להדגיש את חשיבות שיקול הדעת התביעתי, וזאת בסיפא הקובעת כי "דבר בפרק זה לא יתפרש באופן הפוגע בשיקול הדעת של התביעה".

עם זאת, יש לציין כי קיים הבדל משמעותי בין המצב המשפטי בארצות הברית לבין המצב בישראל. ההבדל נעוץ בהוראה אחרת של ה-CVRA. סעיף (d)(3) קובע זכות עצמאית של הנפגע שזכותו הופרה, לפנות לבית המשפט לערעורים בבקשה להוציא צו מסוג Mandamus. זוהי בקשה לצו שבו בית המשפט לערעורים יורה לערכאה הדיונית ליישם זכויות נפגעים מסוימות וזאת אגב ביטול החלטה של הערכאה הדיונית.⁵⁷ סעיף מהפכני זה הופך את זכויותיו של הנפגע לאכיפות, ואת השופט בערכאה הדיונית הוא חושף לביקורת שיפוטית. אכיפה זו נראית כשינוי משפטי גדול ביותר, לעומת המצב הקודם שבו כלל לא הוקנו לנפגעים זכויות במשפט הפדרלי,⁵⁸ שכן בנסיבות המנויות בסעיף יכול הנפגע לבקש ביטול הסדר טיעון או פתיחה מחדש של גזר דין.⁵⁹ אפשרות התקיפה הקיימת בישראל באמצעות בג"ץ אינה בחינה ערעורית אלא בחינה ביקורתית, וככזו דורשת עמידה בסטנדרטים גבוהים הרבה יותר. בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעת התביעה בשיקול דעתו אלא מתערב רק אם נפלו פגמים חמורים בשיקול הדעת.⁶⁰ ההשוואה בין המשפט הישראלי למשפט האמריקני מעלה אפוא שבעוד שההוראות המגבילות את אחריות הרשות דומות, הרי שקיים הבדל משמעותי ביותר

בזכויות הנפגעים, הנובע מאי-אכיפתן במערכת המשפט הישראלית. היעדר אכיפה זה זכה לביקורת חריפה.⁶¹

נדבך חשוב נוסף למסגרת הנורמטיבית מהוות ההוראות השונות המסדירות את אחריותן הנזיקית של רשויות ציבור, ובכלל זה המדינה, בדין הכללי. על פי התפיסה הישנה של המשפט המקובל הייתה המדינה חסינה בנזיקין (The King can do no harm).⁶² בדרך זו הלך גם המשפט הישראלי,⁶³ אך לא עוד. כיום, דיני הנזיקין חלים לכאורה על הרשויות כמו על כל גוף אחר.⁶⁴ (בכפוף לכך שלמדינה מוקנית חסינות בכמה מקרים מיוחדים).⁶⁵ המגמה הבולטת היא לא לפטור את המדינה מאחריות בגין רשלנות.⁶⁶ עם זאת, מובן שיש להבחין בין רשלנותה של המדינה בפועלה ה"פרטי" (שאז היא קרובה יותר למזיק רגיל) לבין פעולתה בכשרותה הציבורית.⁶⁷ מאמר זה עוסק כמובן בפעולותיה הציבוריות של המדינה.

באשר לעובדי ציבור, אחריותם מעוגנת בפקודת הנזיקין. סעיף 7א (א) לפקודה, שכותרתו חסינות עובד ציבור, קובע מאז שנת 2005:

לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה בידועין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.⁶⁸

קלהורה ובררנשטיין מציינות כי הרקע לתיקון פקודת הנזיקין ולמעבר מאחריות אישית לחסינות היה ריבוי תביעות נגד אנשי רשות.⁶⁹ עם זאת, בניגוד למשתמע מכותרתו של הסעיף, הוא אינו קובע חסינות מוחלטת לעובד הציבור, הגם שלא קל לעמוד במבחן הוכחת היסוד הנפשי הנדרש בסעיף – זדון או אדישות.⁷⁰ יתר על כן, הואיל ונקבע שהחסינות היא דיונית ולא מהותית, הרי שהניזוק יכול להיפרע מהמדינה או מהרשות הציבורית כמעסיקה או כשולחת של העובד על נזקיו. הגישה הנוהגת כיום בפסיקה היא כי הרשות חבה בדרך כלל חובת זהירות כלפי האזרח, דהיינו: "כל אימת שרשות ציבורית (או מי שפועל מטעמה) יכולה לצפות (מן הבחינה הטכנית) שמישהו ייפגע מהפעלת סמכויותיה, צריכה אף היא לצפות זאת (מן הבחינה הנורמטיבית), ומכאן שחבה היא חובת זהירות כלפיו".⁷¹ אם הרשות התרשלה, אחריותה כלפי האדם שנפגע תהיה אחריות ישירה; ואם הפועל מטעמה התרשל, אחריותה תהיה אחריות שילוחית.⁷² לעומת זאת, סעיף 21 לחוק נפגעי עבירה מקנה חסינות מוחלטת גם לרשות הציבורית. כלומר סעיף 21 משקף תפיסת עולם קיצונית, שלפיה עובד הציבור והרשות לא יישאו באחריות, בעוד שבתחום דיני הנזיקין קיימת אפשרות להטיל אחריות על הרשות וכן על עובד הציבור בנסיבות מסוימות.⁷³ על רקע זה נשאלת השאלה, האם אפשר להצדיק הבדל כה משמעותי בין הדין הנזיקי הכללי לבין חוק זכויות נפגעי עבירה המקנה חסינות מוחלטת? בכך ענייננו, ולפיכך הפרק הבא יעסוק בבחינת חוקתיות סעיף החסינות.

ג. חוקתיות החסינות

בפרק זה נבחן את חוקתיות סעיף 21 לחוק נפגעי העבירה, בהתאם למבחנים שמתווים חוקי היסוד והפסיקה. השלב הראשון של הבחינה החוקתית קובע אם ההסדר הנבחן פוגע בזכות אדם חוקתית. לאחר מכן, משנקבע כי מעשה שלטוני פוגע בזכות יסוד, הצדקתו טעונה הסמכה בחוק ועמידה בדרישות של תכלית ראויה ומידתיות.⁷⁴

1. הפגיעה

מעשה שלטוני הוא פגיעה בזכות אדם אם נובעת ממנו הגבלה ממשית של האפשרות המעשית או החוקית לממש אינטרס המוגן מכוח הזכות. מקרה מובהק לפגיעה כזו הוא איסור בחוק לממש אינטרס מוגן.⁷⁵ חוק נפגעי עבירה אשר מונע מנפגעי עבירה לתבוע את המדינה או את עובדיה בשל פגיעה באינטרסים שלהם שהופרו – פוגע בכמה זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁶

(א) הזכות הקניינית שיש לנפגעי עבירה בזכותם הנזיקית הפגיעה הראשונה היא **זכות הקניינית של הנפגע לתבוע את זכותו הנזיקית**. בבג"ץ **עדאלה**⁷⁷ ניתנו שני טעמים לכך שפגיעה בזכות לתבוע פיצויים בנזיקין היא פגיעה בזכויות הקבועות בחוק היסוד. ראשית, הזכות בנזיקין הנתונה לניזוק היא חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין. שכן, הביטוי "קניין" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – "אין פוגעים בקניינו של אדם" – משמעותו רכושו של אדם.⁷⁸ מכך מתבקשת המסקנה, כי על פי דיני הנזיקין זכותו של הניזוק לתבוע פיצויים בשל הפגיעה בזכותו – היא חלק מרכושו ועל כן חלק מקניינו. שנית, האחריות בנזיקין מגינה על כמה זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחירות, לכבוד ולפרטיות.⁷⁹ דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים שבאמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט לאינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות הן בהגנה על זכויות חוקתיות אלה והן בזכויות עצמן.⁸⁰ אכן, בשלילת הזכות הנזיקית יש משום פגיעה בכבודם של נפגעי העבירה כפי שנפרט להלן.

(ב) הזכות לכבוד

החסינות הניתנת בחוק לעובדי הציבור פוגעת בזכות לכבוד של נפגעי העבירה אף באופן ישיר ולא רק בשל כך שהזכות הנזיקית מגינה על האינטרס לכבוד. כבוד הנפגעים הוא הערך העומד ביסוד זכויותיהם.⁸¹ לעיתים קרובות מנומק הקשר בחובת המדינה למנוע "קורבנות משנית" – הפגיעה הנגרמת לנפגעים כתוצאה מהתנהלות לא נאותה של גורמי רשויות אכיפת החוק,⁸² הפוגעת בכבודם. גם בית המשפט העליון ציין לא אחת את הקשר ההדוק בין כבוד האדם לבין זכויות נפגעים. עוד טרם חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה קבע הנשיא שמגר בעניין גנימאת: "כבוד האדם וחירותו

הם גם מזכויותיו של האזרח מן השורה שנפגע, נפצע, נדרס, נאנס ונסחט".⁸³ בפסק דין אחר נאמר עוד טרם חקיקת החוק: "בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודו של המתלונן, העד, הקורבן".⁸⁴ כבוד האדם הוא בסיס ותשתית למכלול זכויות האדם, וגם זכות בפני עצמה, אשר לה קיום משלה בצד הזכויות האחרות.⁸⁵ נוסף על כך, זכות זו היא אחת הבודדות, אשר חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו אינו מתייחס רק להיבט השלילי שלה, דהיינו מניעת הפגיעה בכבוד,⁸⁶ אלא אף מטיל חובה פוזיטיבית על המדינה להגן עליה.⁸⁷ למרות ההסכמה הגורפת בדבר חשיבותו של כבוד האדם, קביעת תוכנו כזכות חוקתית אינה פשוטה כלל.⁸⁸ לא זו בלבד שמדובר במושג רב-משמעי כשלעצמו,⁸⁹ הרי שכבוד האדם "נתון בסבך עמוק של מושגים אחרים בעייתיים לא פחות כגון זכויות, שוויון, צדק, אוטונומיות, אישיות, זהות וחיים טובים".⁹⁰ על רקע המורכבות האמורה, הוצעו בישראל מודלים שונים להבהרת הזכות החוקתית לכבוד ולתחימת היקפה.⁹¹ להלן נפרט את ההיבטים השונים שבהם פוגעת החסינות הניתנת לעובדי ציבור ולרשויות הציבור בכבוד הנפגעים.

(ג) כבוד קאנטיאני

היבט ראשון של הזכות לכבוד הנפגע על ידי החסינות נובע מההתייחסות אל נפגעי העבירה כאמצעי ולא כמטרה בפני עצמה. נהוג לקשור היבט זה לתפיסתו הדאונטולוגית של עמנואל קאנט.⁹² על פי תורה זו, מוסריות אינה יכולה להתבסס על שיקולים אמפיריים גרידא, כגון אינטרסים, רצונות, תשוקות או העדפות של פרטים בזמן נתון. בהיותם של גורמים אלה משתנים ותלויים, הם אינם יכולים להוות את הבסיס המוסרי האוניברסלי לזכויות האדם. תחת זו, גוזר קאנט את החובה המוסרית מתוך האוטונומיה של התבונה האנושית. כל אדם זכאי לכבוד בשל היותו יצור רציונלי ובעל יכולת בחירה חופשית. אחד הציוויים המוחלטים הנובעים מתורתו המוסרית נוגע להתייחסות לאדם כמטרה ולא כאמצעי.⁹³ תפיסה זו התקבלה בישראל, כדברי הנשיא ברק: "כל אדם [...] הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה ולא אמצעי להשגת מטרת של הכלל או של פרטים אחרים".⁹⁴ המטרה ביסוד חוק זכויות נפגעי עבירה המעניק מעמד לנפגעים בצמתים שונים של ההליך הפלילי – אשר ניהולו הופקע מהם על ידי המדינה – היא להתייחס אליהם כמטרה בפני עצמה ולא רק כאמצעי להגנה על האינטרס הציבורי. הנפגע אינו רק מתלונן, עד או כל תפקיד משפטי אחר. בראש ובראשונה הוא אדם.⁹⁵ יפים לכך דברים שנכתבו ברוח קורבנות עבירה של משרד המשפטים: "קרבנות העבירה הם בניה החורגים של מערכת אכיפת החוק, והם חשים מנוצלים, מרוקנים כ'מוצג עדות' ונעזבים".⁹⁶ אמירת החוק כי זכותם זו אינה אכיפה וכי גם אם היא מופרת, איש אינו נותן את הדין על כך – משמעותה שבסופו של דבר הם אכן רק כלי במשחק השחמט של ההליך הפלילי, שבו פגיעה בהם אינה נושאת בתוצאות.

(ד) האוטונומיה של הרצון העצמי

היבט זה מדגיש את האדם כישות הנהנית מהחופש לפתח את עצמה, את אישיותה ולקבוע את גורלה.⁹⁷ חיזוק לכך ניתן בפסיקת בית המשפט העליון, אשר הדגיש את האוטונומיה של הרצון הפרטי, את חופש הבחירה ואת חופש הפעולה של האדם כיצור חופשי – כהיבטים אינהרנטיים של כבוד האדם.⁹⁸ מניעת האפשרות לפנות בתביעה נזיקית משמעותה פגיעה בזכות הבחירה ובחופש הפעולה של הנפגע לפנות לאפיק הנזיקי. בכך בפעם השלישית נחרץ גורלו ללא יכולת השפעה. בפעם הראשונה היה זה כאשר התבצעה נגדו עבירה; בפעם השנייה – כאשר נפגעו זכויותיו על ידי רשויות האכיפה; ובפעם השלישית – כאשר מונעים ממנו לפנות לסעד בגין הפרת זכויותיו.

(ה) הזכות לשוויון

זכות נוספת שנפגעת ואשר נגזרת אף היא מהזכות לכבוד היא הזכות לשוויון.⁹⁹ נפגעי העבירה נמצאים במצב נחות ומופלה אל מול נפגעים אחרים בניזיקין, אשר בנסיבות מסוימות יכולים לתבוע את עובדי הציבור ואף את המדינה כשולחת שלהם. לטעמנו, זו פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, דהיינו פגיעה בנפגעים בשל השתייכותם לקבוצה, ולא אבחנה מינהלית גרידא שעניינה חובת הרשות להתנהג בעקביות כלפי שני גורמים שאין ביניהם הבדלים רלוונטיים.¹⁰⁰ אכן, בפסיקה הייתה קיימת הבחנה בין הזכות החוקתית לשוויון לבין הזכות המינהלית.¹⁰¹ אחת מנפקויות ההבדל הייתה מידת האכיפה השיפוטית, דהיינו בית המשפט יתערב כאשר הרשות המבצעת פוגעת בשוויון המינהלי או החוקתי, אך הוא יתערב בחקיקת הכנסת רק כאשר זו פוגעת בשוויון החוקתי.¹⁰² פסיקתו של בית המשפט בשנים האחרונות הובילה לטטשוש ההבחנה, ובשורה של מקרים בית המשפט קבע כי קיימת פגיעה בזכות החוקתית אף שדובר בהסדרים שהתייחסו לאנשים שלא השתייכו לקבוצה חברתית מובהקת.¹⁰³ הרטוריקה המקובלת יותר כיום בבית המשפט העליון בהתייחס לטענות אפליה, עוסקת ב"קבוצות שוויון". את המונח הזה התווה השופט יצחק זמיר בפרשת **תאטרון ארצי לנוער**,¹⁰⁴ תוך שהוא מבחין בין שלבים בבחינת חובת השוויון:

[...] חובת השוויון, שבדרך כלל רואים אותה כמקשה אחת, היא בעצם חובה כפולה. כדי לצאת ידי חובה צריך, ראשית, להחליט מהי קבוצת השוויון. החלטה זאת ניתנת לביקורת שיפוטית כמו כל החלטה מינהלית: אפשר לפסול אותה אם היא מבוססת על שיקולים זרים, לוקה בחוסר סבירות, וכיוצא באלה. שנית, לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חובה היא להחליט באופן שוויוני בתוך קבוצה זאת. גם החלטה זאת, כמובן, ניתנת לביקורת שיפוטית: אפשר לפסול אותה אם היא מפלה על יסוד שיקולים זרים, וכיוצא בכך.¹⁰⁵

בעניין זה נדונה הבחנה בין תיאטרונים חדשים לוותיקים לעניין מתן תמיכות, דהיינו טענת שוויון "מינהלי", אך נראה שפסק דין זה והפסיקה המאוחרת המסתמכת עליו,

בוחנים את טענת האפליה במבחן הכפול האמור, בכל מקרה וללא הבחנה אם מדובר בטענת שוויון "מינהלי" או "חוקתי".¹⁰⁶ על פי ניתוח זה עצם חלוקת נפגעי רשלנות של המדינה לקבוצות אשר חלקן יכולות לתבוע וחלקן אינן יכולות לתבוע היא בלתי-סבירה. אם בכלל יש רלוונטיות להבחנה, הרי שלטעמנו יש להעדיף את נפגעי העבירה שכן אלה נפגעו פעמיים, הן מהעבירה והן מהפרת הזכויות על ידי המדינה, כלומר נפגעי נזיקין שהם אפילו מוחלשים יותר. החלוקה לקבוצות שוויון נעוצה בתכלית הסעיף, ולכך נקדיש פרק שלם בהמשך. נאמר כבר עתה כי ככל שתכלית זו מתייחסת לריצוי מתנגדי זכויות נפגעי עבירה – זוהי תכלית פסולה. ככל שתכלית זו מתייחסת להגנה על שיקול הדעת התביעתי והחשש שאיום בתביעה ישפיע על התנהלות הגורמים האחראיים ליישום החוק – לדעתנו, גם אם היא ראויה, תכלית זו אינה עומדת במבחן הנחיצות. לפיכך, גם אם לא נראה בנפגעי עבירה קבוצה חוקתית מובחנת, מתקיימת פגיעה בשוויון, שכן החלוקה לקבוצת שוויון נעשית על בסיס שיקול זר או חוסר סבירות בשל מתן משקל מופרז לשיקול ענייני. משכך, אפשר לבחון את חוקתיות החוק אף אם היה מדובר לכאורה באבחנה מינהלית גרידא.¹⁰⁷

כך או כך, הדיון באפליה המינהלית נעשה למעלה מן הצורך, שכן לטעמנו נפגעי עבירה הם קבוצה מוחלטת הזכאית להגנתו של השוויון החוקתי. כידוע, אחת הסיבות לעיגון הזכות לשוויון בזכות לכבוד נעוצה בכך שבאפליות מסוימות – שמקורן בהשתייכות קבוצתית – יש משום השפלה.¹⁰⁸ כבר ב־1977 תיאר Christie את הנפגעים כ"double losers", בפעם הראשונה הם נפגעים על ידי העבריין ובשנייה בשל העובדה שהם מודרים מהליך משפטי, אשר עוסק בקונפליקט שלהם, אך הופקע מידם על ידי המדינה.¹⁰⁹ בצומתי הליך זה נפגעים חשים לעיתים מושפלים באופן המחזק את תפיסתם כקבוצה הראויה להגנה.¹¹⁰ הדברים מקבלים משנה תוקף על רקע פערי הכוחות העצומים בין נפגעי העבירה לבין המדינה וחובתה של המדינה כלפיהם. לעיתים קרובות מוסכרת חובה זו בכך שבמסגרת האמנה החברתית העבירו הפרטים לידי המדינה את כוחות השיטור, התביעה והענישה, אולם לא הכשירו בכך את הדרתם המוחלטת מההליך.¹¹¹ לעיתים גם קיים ניגוד אינטרסים בין המדינה לבין נפגעי העבירה באופן שלא ניתן לומר כי המדינה "נכנסת לנעליו של הקורבן בהליך הפלילי".¹¹² לפיכך, גם מבלי להיכנס לשאלה האם חובה על המדינה להגן על האזרחים מפני פגיעה פלילית, הרי שמרגע שהאזרח נפגע ומתנהל הליך, זיקת המסוימות של הנפגע לתוכנו של ההליך הפלילי והקשר האישי של הנפגע אל מול הרשויות הן שמטילות על המדינה חובה מיוחדת כלפיו.¹¹³

(ו) זכות הגישה לערכאות

זכות מרכזית נוספת שנפגעת היא זכות הגישה לערכאות. יכולת הפנייה לבתי המשפט היא מזכויות היסוד של האדם.¹¹⁴ "זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק".¹¹⁵ לפיכך, התפיסה העומדת בבסיס שיטתנו המשפטית היא ש"שערי בית המשפט לא יינעלו בפני

מי שמבקש סעד מרשות שופטת אלא מטעמים כבדי משקל".¹¹⁶ זכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית. בעבר היא הייתה חלק מהזכויות ההלכתיות, אך כיום היא נגזרת מחוקי היסוד ויש לה מעמד חוקתי-על-חוקי.¹¹⁷ מעמדה כזכות חוקתית קיים בין שנראה אותה כנגזרת מאחת הזכויות הפרטיקולריות שבחוקי היסוד (דהיינו מקיומה של כל זכות יסוד, נגזרת הזכות היסודית לפנות לערכאות במקרה שהזכות נפגעת),¹¹⁸ בין שנראה אותה כנגזרת מהזכויות ל"כבוד" או ל"חירות",¹¹⁹ ובין שנראה זכות זו בגדר "קניין".¹²⁰ החסינות שמקנה חוק נפגעי עבירה לעובדי ציבור ולרשויות הציבור, מונעת למעשה פנייה לערכאות במקרים של הפרת זכויות נפגעי עבירה. בהיעדר אפשרות לפנות לערכאות, נפגעי עבירה אינם יכולים לזכות בסעד בשל פגיעה באחת מזכויותיהם המהותיות וממילא אין להן כל משמעות אפקטיבית.¹²¹ פגיעה זו מקבלת משנה תוקף לאור ההבדל המהותי מהמצב הקיים בארצות הברית, שם לצד החסינות של רשויות האכיפה יש לנפגעים אפשרות לקבל סעד על פגיעה בזכויותיהם באמצעות פנייה לקבלת צו Mandamus, ואילו בישראל קיימת רק תקיפה ביקורתית מצומצמת באמצעות עתירות.¹²²

2. התכלית

יסוד מרכזי בהגנה על זכויות חוקתיות הוא הקביעה כי פגיעה בזכות חוקתית יכולה להיות מוצדקת רק אם היא נועדה ל"תכלית ראויה". דרישה זו נועדה לברר אם מטרתו של החוק הנדון נמנית עם סוגי המטרות (או התועלות החברתיות) היכולים להצדיק פגיעה.¹²³ על פי הפסיקה, על מנת שמטרתו של חוק תיחשב ראויה עליו לעמוד בשני מבחנים: הראשון, מבחן האינטרס – עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, כלומר לשרת אינטרס ציבורי ממשי; השני, מבחן הנחיצות – אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה.¹²⁴ לעניין זה ככל שהזכות הנפגעת מדורגת גבוה יותר במדרג הזכויות בישראל, נדרש להראות כי הפגיעה בה נועדה להגשים "מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי".¹²⁵ יש המוסיפים מבחן שלישי, מבחן הרגישות לזכות – ולפיו על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם.¹²⁶ תכלית היא ראויה "אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל".¹²⁷

בענייננו, הזכויות הנפגעות הן מהחשובות במדרג הזכויות וביניהן הזכות לכבוד והזכות לשוויון,¹²⁸ ולפיכך אין ספק כי יש צורך להצביע על תכלית חיונית, או על צורך חברתי לוחץ, או על עניין חברתי מהותי.¹²⁹ כיצד יצאה אפוא הוראת החסינות מסעיף 17, סעיף "מימוש הזכויות",¹³⁰ וזכתה לסעיף משל עצמה? וחשוב מכך – מהי אפוא תכלית החסינות? לעניין זה, כאמור, לא ניתן למצוא תשובה מפורטת בדברי ההסבר של הצעת החוק.¹³¹ סקרנו אף את דיוני הוועדות, לאחר שקיבלנו גישה למסמכים השמורים בארכיון המדינה, ולא מצאנו התייחסות לכך.¹³² גם שיחות עם גורמים אשר היו מעורבים

בתהליך החקיקה לא העלו דבר.¹³³ רמז יחיד אפשר למצוא בתזכיר החוק, המוסיף משפט אחד לדברי הסבר לסעיף 17(ה):

מוצע לקבוע שהפרת הזכויות המפורטות בחוק אינה מקימה עילת תביעה ישירה, פלילית או אזרחית, נגד עובד הציבור או הרשות הנוגעים בדבר. זאת, כיוון שהחוק מחייב תהליכי שינוי והיערכות שלא יוכלו להיעשות תחת חשש יומיומי מפני תביעות. עם זאת מוצע להבהיר שהסעיף אינו מונע נקיטת הליכי משמעת קיימים נגד העובד, ובכך לאפשר בקרה מערכתית על יישום הזכויות ותגובה מערכתית להפרתן.¹³⁴

כלומר, תזכיר החוק העלה כנימוק את החשש, שאיום בתביעה אזרחית או פלילית ישפיע על התנהלות הגורמים האחראיים ליישום החוק, הלוא הם משטרת ישראל, שירות בתי הסוהר ורשויות התביעה. עם זאת, איום זה היה נכון בתחילתה של דרך זכויות הנפגעים, כאשר טרם הוקמו מנגנונים ראויים ליישום החוק. אפשר להניח שחשש זה של ראשית הדרך יכול היה לנבוע גם משיקולים תקציביים, כאלה אשר הובילו לאי-חקיקת פרקי הפיצוי והשיקום, וכן לדחיות חוזרות ונשנות של תחולת החוק, עד כדי שהוראותיו המהותיות נכנסו לתוקף רק בחודש אפריל 2005.¹³⁵ ואולם כיום, שמונה עשרה שנה לאחר חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה ולאחר שינויים מהותיים אשר חלו במערכות הרלוונטיות, אילו נימוקים ערכיים יכולים עדיין להצדיק את קיומה של חסינות הרשות ועובדיה?

אפשרות אחת היא שהמחוקק קבע את סעיף 21 כמענה לביקורת על זכויות הנפגעים, כלומר כדי להפיס את דעתם של כל החוששים לפגיעה בזכויות חשודים, נאשמים ונידונים. החוק מצהיר במפורש על כך שההגנה על זכויות נפגעים לא תבוא על חשבון של זכויות אלה.¹³⁶ עם זאת, להשערה שלפיה סעיף 21 קשור בכך אין תימוכין, ובכל מקרה מדובר בתכלית סמויה ובלתי-חוקתית בעליל,¹³⁷ שכן משמעותה היא מתן "זכויות דמה" לנפגעים, בידיעה ברורה ומתוך כוונה שאלה לא ייאכפו. החוק מהווה איזון שיצר המחוקק בין זכויות נפגעים לזכויות נאשמים. תוצאת האיזון היא מתן זכויות מפורשות לנפגעים מסוימים. לפיכך, בוודאי שאי-אפשר ליחס לו תכלית מפורשת כזו, ואם מדובר בתכלית סמויה – הרי שהיא בוודאי בלתי-חוקתית, שכן משמעות הדבר חקיקת זכויות, ובצידה – קריצה למתנגדים להן, כאמירה שאלה זכויות "לא אמיתיות".

תכלית גלויה שעשויה להיות לחוק היא הגנה על שיקול הדעת של הרשויות. על תכלית זו אפשר ללמוד מלשון דברי ההסבר עצמם, אשר משאירים את הביקורת בתוך "המערכת" ללא שום מערך ביקורת חיצוני. הביטויים "בקרה מערכתית" ו-"תגובה מערכתית" מעידים על רצון להשאיר הכול בתוך מערכת אכיפת החוק.¹³⁸ מסקנה זו נתמכת גם בצמצום תחולת החוק, אשר נבע מחשש ל"הצפת המערכת".¹³⁹ אפשר להקיש על התכלית בדבר הגנה על שיקול הדעת של רשויות האכיפה, גם מהחששות הרגילים

הקיימים בכל הנוגע להטלת אחריות על המדינה ועובדי ציבור על פעילות נזיקית שנעשתה בתחום כשירותם הציבורי. כפי שציין השופט יצחק עמית:

אלימות ובריונות כלפי עובדי ציבור יכולה להיות פיסית, מילולית, וגם "בריונות משפטית" בדרך של הגשת תביעות אישיות [...] המחוקק מצא להגן על עובד הציבור מפני לחצים ואיומים בדרך של "בריונות משפטית", על ידי העמדת חסינות דיונית בדין האזרחי.¹⁴⁰

חששות אלה של לחצים ואיומים גדולים במיוחד בשל פוטנציאל האחריות העצום נוכח ריבוי הנזקים הנגרמים ממעשים או ממחדלים של רשויות ציבור.¹⁴¹ אלא שלחששות הרגילים מהטלת אחריות נזיקית בגין פעילויות ביצועיות של הרשויות מתווספים חששות נוספים על הטלת אחריות בגין סמכויות שטומנות בחובן שיקול דעת רחב. ראשית, כאשר בית המשפט בוחן כיצד הופעלו סמכויות של רשות, הוא בודק לעיתים קרובות אם הדבר נעשה על פי נורמות התנהגות המקובלות על הרשות עצמה; ואילו כאשר בית המשפט מבקר את האופן שבו נערכו שיקולי המדיניות שהופעלו על ידי הרשות, הוא למעשה קובע נורמות התנהגות חרף העובדה שהרשות סבורה שראוי לנהוג אחרת, ובכך למעשה מחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו.¹⁴² עניין זה מעורר סוגיות סבוכות של הפרדת רשויות.¹⁴³ לכן בעבר ההלכה הנוהגת הייתה כי מאחר שלא קיים סטנדרט התנהגות חיצוני שאליה אפשר להשוות את התנהגות הרשות, אזי אי-אפשר להחיל את אמת המידה הנזיקית.¹⁴⁴ בהמשך הדרך הסתייג בית המשפט העליון מן החרג האמור בדבר שיקול הדעת והדגיש כי:

פעולה של רשות מנהלית – למצער כזו שפגעה בזכויות יסוד של אדם – ומקורה בהפעלתו של שיקול הדעת המסור בידי הרשות, אך היא אינה מידתית או שאין הורתה בתכלית ראויה, מן הדין כי תחשוף את הרשות לא רק לביקורת שיפוטית במישור המנהלי, כי אם גם לאפשרות הטלתה של אחריות במישור הנזיקי.¹⁴⁵

עם זאת, עדיין העובדה שלרשות המינהלית יש "מתחם סבירות" שבגדרו לא יתערב בית המשפט בשיקול דעתה, משפיעה מאוד על אפשרות הטלת האחריות בנזיקין בגין פעילויות שיש בהן שיקול דעת, בוודאי בסמכויות אכיפה שבהן מאפיין שיקול הדעת בולט במיוחד.¹⁴⁶ שנית, כפי שמציין ישראל גלעד:

לפעילותן של רשויות ציבוריות מאפיינים מיוחדים המשליכים על הערכת התנהגותן כראויה או כבלתי ראויה והמצדיקים זהירות בקביעה כי הרשות התרשלה. מאפיינים אלה הם התמריצים המיוחדים המניעים את הרשויות, והעובדה שחלק גדול מגרימת הנזק המיוחסת להן היא לא בשל יצירת סיכון אקטיבית אלא בשל מחדל "טהור" למנוע סיכונים שיצרו אחרים או בשל אי מתן שירותים מגדילי רווחה.¹⁴⁷

בעוד תפקיד הטלת האחריות בנזיקין היא לשלול מאנשים את התמריץ להתרשל על ידי הפנמת החצנות שליליות (דהיינו מניעת החצנת סיכונים על מנת להגדיל את רווחתם),

הרי שההנחה היא שעובדי ציבור אינם פועלים לשם רווחתם הפרטית, אלא מתוך ראייה המאזנת בין התועלות והסיכונים של הפעילות הציבורית. מכאן שבפעילותם לא קיימת הסכנה המובנית של תמריץ להתרשל עקב הנטייה של החצנת סיכונים שמאפיינת מזיקים פרטיים.¹⁴⁸ שלישית, קיים חשש מפני התנהגות מגננית אפשרית של הרשות הציבורית. כך למשל, אפשר שהרשות תעדיף פעילות שאין בה תועלת רבה לציבור, בעלת סיכון קטן של אחריות נזיקית על פעילות בעלת תועלת רבה יותר לציבור, בעלת סיכון גדול יותר של אחריות נזיקית.¹⁴⁹

האם תכליות אלה ראויות? כפי שצינו ככל שקיימת תכלית סמויה להפיס את דעתם של מתנגדי זכויות נפגעי עבירה – הרי שזו תכלית פסולה. ככל שמדובר בתכליות העוסקות בהגנה על שיקול הדעת של הרשויות – לטעמנו, תכליות אלה עומדות במבחן התוכן במובן זה שהן כשלעצמן ראויות. ספק אם תכליות אלה עומדות במבחן הנחיצות – שכן אין בנמצא נתונים למצב ההיפותטי שבו הייתה אפשרות לתבוע. ספק בענייננו גם אם תכליות אלה רגישות מספיק לזכויות. עם זאת, את דיוננו נמשיך בהנחה שהתכליות הללו ראויות ונעבור לבחינת המידתיות.

3. מידתיות

המידתיות בוחנת את המטרה שמבקש החוק להשיג, את הזכות ואת היחס הראוי ביניהם. בישראל הביטוי של היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות הוא בדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹⁵⁰ דרישת המידתיות – כפי שפותחה במשפט המשווה ובישראל – כוללת שלושה מבחני משנה.¹⁵¹ הראשון, הוא מבחן הקשר הרציונלי, או מבחן ההתאמה, שבמסגרתו נבחן האם הפגיעה מועילה להשגת התכלית המיוחסת לה; השני הוא מבחן הצורך או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שבמסגרתו נבחן האם הפגיעה היא הכרחית לשם השגת המטרה; השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, או מבחן הסבירות, הבוחן האם קיים יחס ראוי בין התועלת בהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות.

(א) מבחן הקשר הרציונלי

למבחן זה תכלית ראייתית הבוחנת אם הפגיעה בזכות אכן מועילה להשגת התכלית; ותכלית מהותית המוודאת שההתאמה בין ההסדר שנבחר לבין התכלית שמבקשים להצדיק – גבוהה דיה.¹⁵² אין ספק כי חסינות מוחלטת לרשויות האכיפה משיגה את התכלית של הגנה על רשויות האכיפה מפני לחצים חיצוניים ושמירה על עצמאות שיקול דעתן. עם זאת, ראוי לציין שמבחן משנה זה אינו מסתפק בקיומו של קשר סיבתי טכני גרידא בין האמצעי לתכלית. כפי שצינוה השופטת ארבל "הדרישה לקיומו של קשר רציונאלי מכוונת, בין היתר, לכך שאין לנקוט באמצעי שהוא שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון".¹⁵³ כמו כן, הבחינה צריכה להביא בחשבון לא רק את התרומה החיובית הצפויה של הפגיעה בזכות החוקתית להשגת התכלית, אלא גם השפעות שליליות צפויות – גם

אם לא מכוונות.¹⁵⁴ נראה לנו ששימוש באמצעי כה קיצוני להגנה על רשויות האכיפה גובל בשרירות וחוסר היגיון, זאת מאחר שהחוק כשלעצמו דורש מהנפגעים פעולות אקטיביות לשם מימוש זכויותיהם. כך למשל, נפגע עבירת מין או אלימות חמורה צריך לבקש מידע על הסדר טיעון,¹⁵⁵ או לבקש מידע על מהלך המאסר.¹⁵⁶ משעשה הנפגע פעולה אקטיבית וביקש מידע, ולמרות זאת זכותו לקבל מידע או להביע עמדה הופרה – קביעה שלפיה רשויות האכיפה זכאיות לחסינות מוחלטת נראית לנו כגובלת בשרירות וחוסר היגיון. עם זאת, נמשיך בדיוננו ונבדוק את מבחני המשנה האחרים.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

במסגרת מבחן זה יש לבחון האם הפגיעה בזכות היא המזערית ביותר בהשוואה להסדרים אחרים להשגת התכלית.¹⁵⁷ בנקל אפשר להציע אמצעי שפגיעתו פחותה, שכן תכלית ההגנה על עצמאות שיקול דעתם של עובדי הציבור אינה זרה למשפט הישראלי, אשר בחר באמצעי של מתן חסינות חלקית לעובדי הציבור בפקודת הנזיקין. האם השוני בין רשויות האכיפה – בהקשר של יישום זכויות נפגעי עבירה – לבין רשויות אחרות ובכללן רשויות האכיפה בהקשרים אחרים הוא כה משמעותי עד שהוא מצדיק מתן חסינות מוחלטת? אכן על פי אחת הגישות למבחן זה יש לבדוק אם התועלת השולית הנובעת משימוש בחלופה הפוגענית יותר בזכויות מצדיקה את העלות השולית הנגרמת בשל הפגיעה החמורה יותר בזכויות.¹⁵⁸ לפי מבחן זה לשיטתנו אין ספק כי מכלול הפגיעות הנגרמות לנפגעי העבירה מהחסינות המוחלטת – הפגיעה האבסולוטית בזכות הגישה לערכאות, העצמת הפגיעה המשנית הנגרמת על ידי מערכת המשפט, הפגיעה בכבודם והתחושה כי הם נחותים לעומת נפגעי נזיקין אחרים – עולה על היתרונות במתן חסינות מוחלטת להבדיל מחלקית לרשויות האכיפה. עם זאת, יש לציין שלעיתים הפסיקה לא נוקטת גישה הבוחנת תועלת מול עלות שולית, אלא נוקטת גישה אחרת, שלפיה אמצעי חלופי הוא רלוונטי רק אם הוא "מצליח להגשים את המטרה החקיקתית באופן שווה ערך לזה של האמצעי שבחר המחוקק".¹⁵⁹ על פי גישה זו, סעיף החוק יעבור ביתר קלות את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – משום שאפשר לטעון שחסינות חלקית אף פעם לא תשיג את אותה תוצאה בדיוק כמו חסינות מוחלטת. לפיכך נמשיך בבדיקת מבחן המשנה השלישי.

(ג) מבחן המידתיות במובן הצר

בניגוד לשני המבחנים הקודמים המתמקדים על פי הפסיקה הרווחת של בית המשפט העליון בעיקר באמצעי להשגת המטרה, מתמקד מבחן זה בפגיעה בזכויות האדם הנגרמת כתוצאה מהגשמת המטרה באמצעות האמצעי. המבחן מגלם את התפיסה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים ולכן "לא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה".¹⁶⁰ האיזון במסגרת מבחן זה אינו מנותק ממהותן של הזכויות הנפגעות ומהיקף הפגיעה. ככל שמדובר בזכויות יסודיות

יותר, וככל שהפגיעה בהן קשה וחריפה, על השיקולים העומדים ביסוד האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה בה להיות כבדי משקל ובעלי חשיבות מכרעת יותר. לעומת זאת, ככל שהאינטרס הציבורי מהותי יותר, וככל שהגשמתו טומנת בחובה תועלת ציבורית רבה יותר, כך יהיה בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות אדם.¹⁶¹

גם אם יש כמתן חסינות מוחלטת להביא להגנה מושלמת על עצמאות שיקול הדעת של רשויות האכיפה, וגם אם חסינות חלקית אינה נותנת את מלוא ההגנה, הרי שמדובר בפגיעה בלתי-סבירה לחלוטין בנפגעי העבירה ובסיטואציה שבה הפגיעה עולה על התועלת. כפי שהראינו, הזכויות הנפגעות הן מהיסודיות והבסיסיות ביותר וכוללות את זכות הקניין, הזכות לכבוד, הזכות לשוויון וזכות הגישה לערכאות. החוק המעניק חסינות גורפת לרשות, גורם נזק רב בכך שלא זו בלבד שאינו מתמרץ את הרשות לקיים זכויות, אלא שהוא משדר לה חוסר אכפתיות מקיום הזכויות – כתוצאה מכך, החוק אינו מיושם בפועל. דבר זה קיבל חיזוק בדוח הביקורת על רשויות התביעה בנוגע לנפגעי עבירה. הנתונים בשטח מעידים על כך כי קיימות הפרות לא מועטות של זכויות נפגעי עבירה מצד רשויות האכיפה והתביעה. דוח נציבות הביקורת על מערך התביעה ומייצגי המדינה בערכאות (נכת"ם) שהוקדש לזכויות נפגעי עבירה והתייחס לשנים 2012–2014,¹⁶² קבע כי אף שחלפו ביום התחלת הביקורת מעל עשר שנים מאז כניסתו המלאה של החוק לתוקף, קיימים כשלים מהותיים ויסודיים באשר למילוי הוראות החוק על ידי הגופים האמונים על שמירת החוק ואכיפתו. הדוח הדגיש כי אין די במודעות לקיומם של נפגעי העבירה ובגישה אמפתית כלפיהם, אלא יש לנקוט פעולות שיבטיחו את שמירת זכויותיהם כמתחייב בחוק.¹⁶³ כך למשל, הביקורת העלתה כי ב-88% מהמקרים שנבדקו לא יודעו נפגעי העבירה על חתימת הסדר טיעון ועל הבאתו בפני בית המשפט.¹⁶⁴ בדיון המעקב, אשר התקיים בכנסת בעקבות דוח זה התלוננו גורמים נוספים, לרבות ראש ארגון משפחות נרצחים ונרצחות ועורכת דין נציגת ארגון נעמת, על הפרות נוספות של זכויות נפגעי עבירה, החל בזכות הבסיסית ביותר – הזכות למידע – ועד לזכות להבעת עמדה בהליכים.¹⁶⁵ גם ח"כ מיכל רוזין הדגישה כי טעויות אנוש עלולות להוביל לפגיעה קשה בנפגעי העבירה:

בסוף, אתם יודעים, לפעמים זה נתקע על בן אדם אחד, על מענה אלקטרוני אחד כזה או אחר, ואותו נפגע עבירה מוצא את עצמו אבוד כאשר גם ככה הסיטואציה בה הוא נמצא היא בלתי אפשרית. הוא מוצא את עצמו – ואתם יודעים, מישהו שכח להודיע, מישהו שכח להגיד, אף אחד לא התכוון, היא יצאה לחופשת לידה ובמקומה היתה מישהי שלא ידעה. תמיד יש טעויות אנוש. אנחנו רוצים ליצור מצב שיהיו כמה שפחות, בוודאי בעניין הזה.¹⁶⁶

לפיכך, יכולת תביעה נזיקית טומנת בחובה פוטנציאל לזהירות רבה יותר של רשויות האכיפה ולצמצומן של טעויות אנוש המובילות לפגיעה בנפגעים, ולא רק לצמצום הברור של פגיעות מכוונות. כאמור, גם בתחום דיני הנזיקין הרגילים המדינה אינה חסינה

בפני רשלנות ועובד ציבור אינו פטור כאשר פעל בשוויון נפש לאפשרות גרימתו של נזק. הפטור הגורף שניתן בכל הנוגע להפרות זכויות של נפגעי עבירה הופך את הסיכוי לרשלנות ולמצבים של שוויון נפש כלפי גרימת נזק – לממשי יותר. העלות השולית של הפגיעה בנפגעים עולה אפוא בהרבה על התועלת השולית שניתנת בהגנה על התובעים. ויודגש שהאפשרות לתלונה משמעתית אינה מקהה את הפגיעה או משנה את האיוון בין התועלת לנזק. ראשית, תלונה משמעתית אינה מקנה זכות "אמיתית" לנפגע. גם בארצות הברית, על אף סעד האכיפה המסוים הקיים בחוק, ועל אף התיקונים החוקתיים, Belooof ציין שהחקיקה הקיימת עדיין אינה מקנה זכויות "אמיתיות", הכוללות "מעמד, סעד וביקורת שיפוטית"¹⁶⁷. קל וחומר, שתלונה משמעתית אינה יכולה לרפא מיידית את הפגם בהתנהלות הרשות, ואינה יכולה להציע לנפגע את הסעד שאותו הוא מבקש, שכן אין לה השפעה על ההליך הפלילי לגופו. התלונה המשמעתית פועלת מאוחר מדי ומציעה מעט מדי. שנית, הסיכוי שנפגעים אכן יטרחו להגיש תלונה משמעתית לאחר שההליכים יתקדמו – אינו רב. התלונה המשמעתית מטילה על הנפגע את האחריות להתלונן. הנפגעים הזקוקים ביותר להגנה הם בעיקר הנפגעים המוחלשים וספק אם אלה יאזרו את הכוחות והאומץ להתלונן.¹⁶⁸ שלישית, גם כאשר הנפגעים מיוצגים, יש להניח שעורכי דין, שהם שחקנים חוזרים בהליך הפלילי, לא ימהרו להתלונן נגד עמיתים.¹⁶⁹ לשחקנים חוזרים יתרונות רבים. כך למשל, הם נהנים מראיית הנולד; מסוגלים להבנות את מערכת היחסים הבאה ולהעמיד תיעוד; הם מפתחים מיומנות ונהנים מיתרונות הגודל; והחשוב לענייננו – הם נהנים מהזדמנויות רבות לפיתוח יחסי סיוע בלתי-פורמליים עם השחקנים המוסדיים.¹⁷⁰

אכן, גם תביעה נזיקית סובלת מחלקן של בעיות אלה, כיוון שגם היא מאוחרת להליך הפלילי ודורשת פעולה אקטיבית של הנפגע. עם זאת, קיימים הבדלים משמעותיים בין הדין המשמעותי לדין הנזיקי, הבדלים אשר יובילו גם ליכולת הרתעה שונה. בין שמדובר במשטרה, בשב"ס או בתביעה, הרי שהדין המשמעותי מנוהל על ידי גורמים ברשות עצמה ונתון לשיקול דעתם.¹⁷¹ משוא פנים, שיקולים לא רלוונטיים, יחסים אישיים ושיקולים תקציביים עשויים כולם להשפיע על ההחלטה אם להעמיד עובד ציבור לדין המשמעותי, בגין אילו עבירות ואיזה עונש לדרוש אם הוא ימצא אחראי בדין. יתר על כן, בניגוד לדין הכללי, הרי שהדין המשמעותי חסוי לעיתים קרובות, בפניו של הנפגע ובפני הציבור, כך שגם אם ייעשה הצדק – החשש הוא שלא ייראה.¹⁷² נציין כי חוק זכויות נפגעי עבירה חל על דין משמעותי בנציבות שירות המדינה אולם הוא אינו חל על דינם המשמעותי של שוטרים.¹⁷³ לעומת זאת, בדין הנזיקי, הנפגע הוא צד מלא והוא זה שיוזם את ההליכים ומנהלם. על כן כיום דיני הנזיקין עבור נפגעי עבירות נתפסים, לעיתים, אפילו כחלופת צדק לתיקון עוולותיו של ההליך הפלילי.¹⁷⁴

מהמכלול עולה כי הפגיעות הקשות בזכויות הבסיסיות של הנפגעים והעצמת הפגיעה הנגרמת להם מעצם היותם נפגעים עולות בהרבה על התועלת המושגת מהחסינות המוחלטת. יתירה מזאת, כפי שהראינו, הפרת זכויותיהם של נפגעי העבירה על ידי

רשויות האכיפה אינה אפשרות ערטילאית ויש לה הוכחות בדוחות הביקורת. המסקנה מן האמור לעיל היא שסעיף החוק אינו עומד במבחן השלישי של המידתיות ודינו בטלות.

סיכום

לנפגע עבירה שנשללו זכויותיו אין למעשה כל מזור. כך למשל, אם לנפגע לא ניתנה זכות טיעון לפני אישור הסדר טיעון שנערך עם הנאשם הפוגע בו, בניגוד לסעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, אזי: ראשית, על פי רוב בית המשפט יקבל את ההסדר, שכן בית המשפט נותן מתחם שיקול דעת רחב מאוד לרשויות התביעה ומתערב רק אם נמצא פגם או פסול מהותי בשיקוליהן.¹⁷⁵ לכך יש להוסיף את הערך העצמאי שבית המשפט מייחס לעצם החתימה על הסדר טיעון, ובמקרה שכבר נחתם – לסופיותו.¹⁷⁶ שנית, אין לנפגע יכולת לערער על גזר הדין, שכן הוא אינו צד להליך.¹⁷⁷ שלישית, הנפגע לא יכול להביא לכיטול פסק הדין בשל האמור בסעיף 21 לחוק; ורביעית, אין לנפגע עילה מול התביעה בשל החסינות הקבועה בסעיף 21 לחוק.¹⁷⁸

לטענתנו, חסינות זו כשלעצמה פוגעת בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק היסוד, וביניהן הזכות לקניין, הזכות לכבוד, הזכות לשוויון וזכות הגישה לערכאות. משכך, על סעיף החסינות לעמוד במבחני פסקת ההגבלה – כלומר על תכליתו להיות ראויה והפגיעה בזכויות צריכה להיות מידתית.

במאמר העלינו השערות בדבר תכליות סמויות וגלויות של החוק. תכלית סמויה אפשרית היא מתן מענה למבקרי זכויות נפגעים. להשערה זו אין תימוכין, אך גם אם היא נכונה, בוודאי שתכלית זו אינה ראויה שהרי אז מדובר במתן זכויות דמה לנפגעים מתוך כוונה ברורה שלא ייאכפו. תכלית גלויה שעשויה להיות לחוק היא הגנה על שיקול הדעת של הרשויות. על תכלית זו למדנו הן מלשון דברי ההסבר והן מהחששות הרגילים הקיימים בכל הנוגע להטלת אחריות על המדינה ועובדי ציבור על פעילות נזיקית שנעשתה בתחום כשירותם הציבורי. תכלית זו – של הגנה על שיקול דעת הרשויות – היא לטעמנו ראויה מבחינת תוכנה, אך הבענו ספק בנחיצותה. עם זאת, המשכנו בדיוננו לעילת המידתיות, על מבחני המשנה שלה.

הפגיעה בזכויות הנעשית בחוק אינה מידתית בהיותה מוחלטת וחורגת אף מהחסינות החלקית שיש בנזיקין לרשויות התביעה בהקשרים אחרים שאינם עוסקים בזכויות נפגעי עבירה. ספק בעינינו אם שני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מתקיימים כאן, בין היתר על רקע העובדה שבפגיעות נזיקיות אחרות עובדי ציבור עשויים להיתבע אישית ואף המדינה כשלוחתם. באופן ברור קבענו כי החוק לא עובר את המבחן השלישי של המידתיות, מבחן היחסיות, שכן הפגיעה הנגרמת לנפגעי עבירה בשל החסינות המוחלטת הניתנת בהקשר לפגיעה בזכויותיהם – עולה בהרבה על התועלת השולית המתווספת מכך שהחסינות מוחלטת ולא חלקית.

כך, בניגוד לתקוות הגדולות שנתלו בחוק זכויות נפגעי עבירה, סעיף 21 לחוק מאיין בפועל את זכויותיהם של נפגעי העבירה. הרציונל שעומד מאחורי "תנועת הנפגעים" – אשר חוק זכויות נפגעי עבירה הוא ביטוי שלו – היה לתת לנפגעים מקום בהליכים הפליליים שמהם הם הודרו במשך שנים רבות ובכך להחזיר להם את תחושת השליטה ולמזער את הפגיעה המשנית הנגרמת להם כתוצאה מהתנהלות רשויות אכיפת החוק. סעיף 21 פוגע במטרות אלה כולן, ולמעשה פותח פתח לסוגים חדשים של קורבנות משנית. מקום שבו הנפגע יודע שיש לו זכויות בחוק – אלה מופרות והוא חסר אונים. ראו, לדוגמה, את המקרה הבא:¹⁷⁹ אדם נפגע בתאונת דרכים, הופקר על ידי הפוגע ונפטר. משפחת הנפגע, עקבה אחר ההליכים שהסתיימו בהסדר טיעון מקל, וביקשה להיות מיוודעת באשר למהלך המאסר. למרות זאת, המשפחה לא יודעה על התכנסות ועדת השחרורים ובאיחור רב גילתה במקרה שהאסיר עתיד להשתחרר, ושהפרקליטות תמכה בשחרורו המוקדם מבלי לקבל את עמדת המשפחה. נקל להבין מה עוצמתה של הפגיעה המשנית במשפחה זו. ולכך מתווספת הפגיעה הנגרמת מכך שלא זו בלבד שאין למשפחה דרך לשנות את ההחלטה, אלא שאין לה דרך לתבוע את רשויות המדינה. השב"ס והפרקליטות מטילים את האחריות למחדל זה על זו – ואילו המשפחה נותרת חסרת אונים.

חוק זכויות נפגעי עבירה הפך אפוא ל"חוק טובות לנפגעי עבירה", שכן, תרצה התביעה – תעשה לנפגעים טובה ותקנה להם את מעמדם; לא תרצה – לא נורא.

הערות

- 1 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 1782 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה).
- 2 ראו להלן דיון בה"ש 61-73 והטקסט שלידן.
- 3 מיכל טמיר ויוני לבני "הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד" **חוקים** ו 49, 63 (2014).
- 4 לפגיעה המשנית ראו "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם, לבין זכויות קורבנותיו" **ספר שמגר** (חלק ב, התשס"ג) 255, 283 (טובה אלשטיין עורכת, התשס"ג).
- 5 Uri Yanay & Tali Gal, *Lobbying for Rights: Crime Victims in Israel*, in INTERNATIONAL HANDBOOK OF VICTIMOLOGY 373, 374-376 (Shlomo G. Shoham et al. eds., 2010).
- 6 KERSTIN BRAUN, VICTIM PARTICIPATION RIGHTS: VARIATION ACROSS CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS (2019) 34; ש"ז פלר **יסודות בריני עונשין** כרך א 108 (1984).
- 7 ROBERT ELIAS, THE POLITICS OF VICTIMIZATION: VICTIMS, VICTIMOLOGY, AND HUMAN RIGHTS 230 (1986).
- 8 Andrew A. Karmen, *Who's against Victims' Rights? The Nature of the Opposition to Pro-Victim Initiatives in Criminal Justice*, in VICTIMS IN CRIMINAL PROCEDURE 22 (Douglas E. Beloof, Paul G. Cassell, Steven J. Twist, Eds. 3rd ed. 2010).
- 9 Lynne Henderson, *The Wrong's of Victim's Rights*, SCHOLARLY WORKS 937, 949 (1985) <https://bit.ly/34HP0OP>; Kelly Richards, *Taking Victims Seriously? The Role of Victims' Rights Movements in the Emergence of Restorative Justice*, 21 CURRENT ISSUES IN CRIM. JUST. 302, 303 (2009).

"חוק טובות נפגעי עבירה" - על חוקתיות החסינות לפגיעה שלטונית בנפגעי עבירה | מיכל טמיר ודנה פוג'ץ

- 10 ראו הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוג'ץ "הדרור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" *עיוני משפט* לו 3, 549, 550-551 (2015).
- 11 Nils Christie, *Conflicts as Property*, 17(1) THE BRIT. J. OF CRIMINOLOGY 1, 3 (1977); Edna Erez, Peter R. Ibarra & Daniel M. Downs, *Victim Welfare and Participation Reforms in the United States: a Therapeutic Jurisprudence Perspective*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 15 (Edna Erez, Michael Kilchling & Jo-Anne Wemmers eds., 2011).
- 12 Joanna Shapland, Jon Willmore & Peter Duff, VICTIMS IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM (1985); MIKE MAGUIRE & JOHN POINTING, VICTIMS OF CRIME: A NEW DEAL? (1988); LESLIE .SEBBA, THIRD PARTIES: VICTIMS AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM (1996).
- 13 PRESIDENT'S TASK FORCE ON VICTIMS OF CRIME, FINAL REPORT (1982) www.ovc.gov/publications/presdntstskforcrprt/87299.pdf
- 14 Henderson, לעיל ה"ש 9, בעמ' 949.
- 15 .JAMES DIGNAN, UNDERSTANDING VICTIMS AND RESTORATIVE JUSTICE 14-15 (2005)
- 16 <https://metoomvmt.org/>
- 17 Douglas E. Beloof, *The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing, Remedy and Review*, 2005 BYU. L. REV. 255, 257.
- 18 שם, בעמ' 352.
- 19 Nils Christie, *The Ideal Victim*, in FROM CRIME POLICY TO VICTIM POLICY: REORIENTING THE JUSTICE SYSTEM 17 (Ezzat A. Fattah ed., 1986).
- 20 Joris van Wijk, *Who is the 'Little Old Lady' of International Crimes? Nils Christie's Concept of the Ideal Victim Reinterpreted*, 19(2) INT'L REV. OF VICTIMOLOGY 159 (2013)
- 21 DIGNAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 17.
- 22 Karmen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27.
- 23 DIGNAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 19-20.
- 24 פלר, לעיל ה"ש 6; דנציג-רוזנברג ופוג'ץ, לעיל ה"ש 10.
- 25 לסלי סבה וטלי גל "זכויות נפגעי עברה בישראל" ספר שמגר – מאמרים ב 157, 165-169 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003).
- 26 משרד המשפטים דין וחשבון בנושא קרבנות עבירה (1987) (להלן: רוח משרד המשפטים). ראו גם, יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטריטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995).
- 27 להליכי החקיקה המפורטים ראו ארכיון המדינה, תיק 13.120 www.archives.gov.il/archives/#/Archive/0b0717068031be31/File/0b07170680f28b4e Archive/0b0717068031be31/File/0b07170680f28b4e; במקביל נדונה גם הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 5) (טיפול בקורבן), התשס"א-2000, פ/79/15. לפירוט המהלכים ראו ענת אסיף גיל "מהפכת הזכויות של נפגעי העבירה בפתח האלף השלישי", משרד המשפטים, מיום שורשים במשפט (24.3.2019) www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_2001a#11
- 28 טיוטת חוק ראו החלטה חק/1339 של ועדת שרים לענייני חקיקה "זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי התשס"א-2000".
- 29 הצעת חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א-2001, ה"ח הממשלה 506 (להלן: הצעת החוק). ראו Yanay & Gal, לעיל ה"ש 5, בעמ' 382-384.
- 30 ראו הבעת תקוותה של ח"כ יעל דיין שפרקים אלה יחוקקו בעתיד: פרוטוקול ישיבה מס' 182 של הכנסת ה-15, 19 (6.3.2001) m.knesset.gov.il/Activity/plenum/Pages/SessionItem.aspx?itemID=437671
- 31 רק בשנת 2018 הוחל החוק על מערכת זו: חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 75), התשע"ח-2018, ס"ח 834.

- 32 ס' 22-23 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, ס"ח 386; חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 2), התשס"ה-2004, ס"ח 11.
- 33 Yanay & Gal, לעיל ה"ש 5.
- 34 שם, בעמ' 384-388.
- 35 Yanay & Gal, לעיל ה"ש 5; חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, ס"ח 126.
- 36 "ברגע שנשפך באופן שווה בכל סוגי השכול תיבנה חברה בריאה יותר" ספירלה (15.4.2018). spirala. sapir.ac.il/13849/; ראו גם ורד הירשפלד-יפת "כנס אוברן, שכול וחוסן נפשי בחברה הישראלית" מרכז אלה להתמודדות נפשית עם אוברן .www.elah.org.il/content.php?id=415&tlng=hebrew
- 37 אביאל מגנוזי "היעד נעצר, בעלה של מרגריטה לאוטין 'לא מנוחם'" Ynet (25.3.2012). www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4207505,00.html; דינה חלוץ "האם השכולה יזמה טקס זיכרון אלטרנטיבי לקרבנות טרור אזרחי" Xnet (26.12.2018). xnet.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5431886,00.html(26.12.2018)
- 38 אבנר בורוכוב "דין לאשם" בא-במייל, 7470. www.baba-mail.co.il/content.aspx?emailid=7470
- 39 פרוטוקול מס' 363 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 7-10 (15.3.2011).
- 40 חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 7), ס"ח התשע"ב 94; הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 7), ה"ח התשע"ב 30; חוק לתיקון פקודת התעבורה (תיקון מס' 101), התשע"ב-2011, ס"ח 2.
- 41 הצעת החוק, לעיל ה"ש 29; דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (4) 621, 630 (1994) (להלן: עניין פלוני); ראו גם דברי הנשיא שמגר בדנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 679 (1993); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 629 (1995) (להלן: עניין גנימאת); דנה פוג'ץ "'מהפכת הקורבנות' – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?" קרית המשפט ד 229, 234 (2004).
- 42 Andrew Ashworth, *Victims' Rights, Defendants' Rights and Criminal Procedure*, in INTEGRATING A VICTIM PERSPECTIVE WITHIN CRIMINAL JUSTICE (A. Crawford & J. Goodey eds., 2000)
- 43 .Erin C. Blondel, *Victims' Rights in an Adversary System*, 58(2) DUKE L.J. 237 (2008)
- 44 ראו את הוויכוח הקלאסי בין פלטשר למור: George P. Fletcher, *The Place of Victims in the Theory of Retribution*, 3 BUFF. CRIM. L. R. 51, 54 (1999-2000); Michael Moore, *Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher*, 3 BUFF. CRIM. L. R. 65, 66 (1999-2000)
- וכן Henderson, לעיל ה"ש 9, בעמ' 987-995.
- 45 Karmen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27.
- 46 ראו מיכל טמיר ודנה פוג'ץ "נפגעי עבירה והסדרי טיעון: דחיפה קלה (nudge) בכיוון הנכון" (עתיד להתפרסם בספר **עדנה ארבל**, 2019).
- 47 ס' 16-20 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 2.
- 48 דנציג-רוזנברג ופוג'ץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 603.
- 49 ס' 21 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 2.
- 50 הצעת החוק, לעיל ה"ש 29.
- 51 שם, בעמ' 511.
- 52 דנציג-רוזנברג ופוג'ץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 587-588.
- 53 Yanay & Gal, לעיל ה"ש 5, בעמ' 394.
- 54 טמיר ופוג'ץ, לעיל ה"ש 46, פרק ג'. לדיון במצב בארצות הברית ראו Pugach & Tamir, לעיל ה"ש 4, בעמ' 46-47.
- 55 חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 75), התשע"ח-2018, ס"ח 834.
- 56 Crime Victims' Rights Act, 18 U.S.C. § 3771 (2004) (להלן: CVRA).
- 57 BRAUN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 194-195.
- 58 .Kenna v. U.S. District Court, 435 F.3d 1011 (9th Cir. 2006)
- 59 Sanctions (d)(5)(A)-(C) (2004) Crime Victims' Rights Act, 18 U.S.C. §§ 3771(d)(5)(A)-(C) (להלן: (A)-(C)).

- 60 ראו למשל, בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1, 9 (1996): "על רקע זה ניתן להבין את הראציונאל לגישתנו, ולפיה בית־משפט זה אינו הופך במהלך הדיון בעתירה למעין 'יועץ משפטי־על', הבודק תחת היועץ המשפטי לממשלה ובמקומו אם חומר החקירה מצדיק הגשת כתב־אישום אם לאו [...]". אין זה אחד מאותם מקרים חריגים שבהם נגועה ההחלטה בחוסר סבירות קיצוני שיש בו כדי לחייב התערבות בשיקול־דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ובמסקנתו שאין בידי ראיות לכאורה במידה מספקת להעמדת חשוד לדין".
- 61 Douglas E. Beloof & Dana Pugach, *Victims' Rights Need Remedy: Comparing current victims' rights in Israel and America*, 8(1) INT'L PERSPECTIVES IN VICTIMOLOGY 11 (2014), ch. III (D).
- 62 ישראל גלעד דיני הנזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1072 (2012).
- 63 שם, בעמ' 1093.
- 64 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק אחריות המדינה). סעיף 2 לחוק קובע כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מאוגד, פרט לאמור להלן בחוק זה".
- 65 שם, בס' 3, 5, 6, 7.
- 66 אריאל פורת נזיקין כרך א, 202 (2013).
- 67 גלעד, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1027.
- 68 ס' 7א(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), נ"ח התשכ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין).
- 69 תמר קלהורה ומיכל ברדנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) – חסינות עובד הציבור הפרקליט נא 293, 301-302 (2011).
- 70 ס' 7א(ב) לפקודת הנזיקין. ראו גם ע"א 1649/09 פלקסר נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פ"ד סז(1) 353, פס' 34 לפסק דינה של השופטת חיות (2014) (להלן: עניין פלקסר).
- 71 פורת, לעיל ה"ש 66, בעמ' 205.
- 72 שם.
- 73 סעיף 7א(ב) לפקודת הנזיקין; עניין פלקסר, לעיל ה"ש 70, פס' 22 לפסק דינה של השופטת חיות.
- 74 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 52 (2016).
- 75 שם, בעמ' 89.
- 76 חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו).
- 77 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: בג"ץ עדאלה).
- 78 שם, בפס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (בית המשפט הסביר כי גישה זו למושג החוקתיות של הקניין מקובלת במרבית המדינות שבהן הקניין זוכה למעמד חוקתי). ראו גם יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258, 267-268 (1995).
- 79 להגנה הנזיקית על זכויות בלתי־מוחשיות, ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137 (2002).
- 80 בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 77, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 81 ס' 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 2 ("חוק זה מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם [...]").
- 82 Yanay & Gal, לעיל ה"ש 5, בעמ' 384-388.
- 83 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 41, בעמ' 629. ראו גם פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 84 עניין פלוני, לעיל ה"ש 41, בעמ' 630.
- 85 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 137 (2004).
- 86 ראו ס' 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 76 ("אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם").
- 87 ראו שם, בסעיף 4: ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו").
- 88 ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ונכותיה כרך א 43-51 (2014).

- 89 למובנים השונים של כבוד האדם ראו גם אליעזר וינרוב "כבוד האדם – שני מובנים" **שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** 71, 72-77 (יוסף דוד עורך, 2006); דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541 (2001).
- 90 יוסף דוד "פתח דבר" **שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** 9, 10 (יוסף דוד עורך, 2006). לשם המחשת הבעייתיות נציין כי בשפה האנגלית קיימים לפחות ארבעה מונחים של כבוד. ראו Orit Kamir, *Honor and Dignity Cultures: the Case of kavod and kvod ha-adam in Israeli Society and Law*, in *THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE* 231 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002).
- 91 לסקירת מעגלי כבוד שונים, ראו מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה: בעקבות בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר" **משפטים** מא 663, 683-686 (2011).
- 92 לתיאור תורתו של קאנט ראו, Michael J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, 103-139 (2009).
- 93 שם, בעמ' 121-123.
- 94 בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 769, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996).
- 95 דנציג-דרוזנברג ופוגץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 565-566.
- 96 דוח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 27.
- 97 ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** כרך שלישי 319 (1994).
- 98 ראו למשל, בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).
- 99 לזכות לשוויון כחלק מכבוד האדם, ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 350 (1993). לשוויון כזכות חוקתית, ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 98, פס' 30-40 לפסק דינו של הנשיא ברק; פס' 31-40 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006).
- 100 לאבחנה בין הזכויות ראו מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" **הפרקליט** מה 94, 10911-4 (2000); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" **ספר שמגר – מאמרים** כרך א 277 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003).
- 101 לסקירת נפקייות האבחנה, ראו ע"ע 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פס' 39-42 לפסק דינו של השופט עמית (2010).
- 102 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, 64-65 (2016).
- 103 שם, בעמ' 66 והאסמכתאות המובאות שם.
- 104 בג"ץ 3792/95 טאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997).
- 105 שם, בעמ' 283-284.
- 106 ראו דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 345-346 (1999) (הבחנה בין דיילי קרקע לדיילי אוויר לעניין גיל פרישה); בג"ץ 3975/95 **קניאל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(5) 459, 510-511 (1999) (הבחנה בין קרנות פנסיה לבין מסלולים אחרים של חיסכון לעניין תמיכה ממשלתית באמצעות אגרות חוב); בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503, 513-514 (2000) (הבחנה בין רוכשי דיור לעניין מתן הטבות); בג"ץ 441/97 **צנוירט נ' ראש-עיריית ירושלים**, פ"ד נג(2) 798, 807-811 (1999) (הבחנה בחוק-עזר בין המתגוררים באזורי חניה מוסדרים לבין בעלי עסקים באותו אזור); בג"ץ 727/00 **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(2) 79, 88-89 (2001) (שאלת הכללת היישובים הערביים בפרויקט שיקום שכונות); בג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות**, פ"ד נה(4) 540, 555-557 (2001) (הבחנה במתן מענקים למגדלי פרחים על יסוד לוח מועדים); בג"ץ 6741/99 **יקותאלי נ' שר הפנים**, פ"ד נה(3) 673, 713-714 (2001)

- (הבחנה בין משפחות מרובות ילדים למשפחות מעוטות יכולת אחרות לעניין תשלומי ארנונה).
לניתוח ראו גם מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** 196 (2008).
- 107 השוו בג"ץ 8300/02 נסר נ' **ממשלת ישראל**, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה בניש (פורסם בנבו, 22.5.2012) (בעניין אפליה במתן הטבות מס לתושבי רשויות מקומיות שונות).
- 108 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131-133 (1995). יצוין כי תחולת הזכות לשוויון הורחבה בהמשך גם לאפליות שאין בהן משום השפלה, אך כמובן אין בכך לגרוע מכך שאפליות משפילות בוודאי מוגנות על ידי הזכות החוקתית לשוויון. לקשר בין כבוד להשפלה ראו גם University of Oslo, *Evelin G. Lindner lecture 2018: "On Dignity and Humiliation"* (Mar. 2, 2018) <https://www.sv.uio.no/tjenester/kunnskap/podcast/evelin-lindner-2018-on-dignity-and-humiliation.html>
- 109 Christie, לעיל ה"ש 11, בעמ' 3. וראו גם התייחסותו של Dignan לחולשת הנפגעים: DIGNAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 14-15.
- 110 דנציג-רוזנברג ופוגין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 594-595.
- 111 שם, בעמ' 560-561. לתפיסה של המדינה בהליך הפלילי כאויב הן של הנאשם והן של הנפגע: MARKUS DIRK DUBBER, *VICTIMS IN THE WAR ON CRIME: THE USE AND ABUSE OF VICTIMS' RIGHTS* .ch.4 (2002)
- 112 לדוגמאות של מקרים שבהם נפגעי עבירה הגישו בקשות שונות לבתי משפט והמדינה התייצבה לצד הנאשם ראו, למשל, רע"פ 9748/11 ארוני נ' בן דוד (פורסם בנבו, 31.7.2013); רע"פ 3356/13 כוכבי נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.9.2013).
- 113 דנציג-רוזנברג ופוגין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 564; Mary M. Giannini, *Redeeming an Empty Promise: Procedural Justice, the Crime Victims' Rights Act, and the Victim's Right to Be Reasonably Protected from the Accused*, 78 TENN. L. REV. 47, 60 (2010)
- 114 ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 738, 742 (1992). ראו גם בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462 (1988) (הזכות כ"אבן הפינה של שלטון החוק").
- 115 ע"א 733/95 ארפל אלומניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).
- 116 ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 444, 433 (2003).
- 117 שם, בעמ' 460.
- 118 ראו ברק, לעיל ה"ש 97, בעמ' 363.
- 119 ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" **המשפט** ה' 217, 228-231 (2000).
- 120 שלמה לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" **הפרקליט** מב 451, 454-455 (1996).
- 121 השוו ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, פס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס (2006).
- 122 ראו Sanctions (d)(5)(A)-(C), לעיל ה"ש 609.
- 123 מדינה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 162-163.
- 124 ראו למשל, עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 98, פס' 50 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).
- 125 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997) (להלן: בג"ץ חורב).
- 126 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פס' 22 לפסק דינו של השופט לוי (במיעוט לגוף העניין) (2012).
- 127 ראו לעיל, עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 98, בפס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

- 128 ראו בג"ץ חורב, לעיל ה"ש 125, פס' 64 לפסק דינו של השופט ברק (הזכות לשוויון היא במדרג הגבוה ביותר של הזכויות).
129 שם.
130 ראו הצעת החוק, לעיל ה"ש 29, בעמ' 511.
131 שם.
132 ראו למשל פרוטוקול מס' 151 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (12.7.2000); פרוטוקול מס' 261 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (15.2.2001); פרוטוקול מס' 271 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 13-14 (1.3.2001); ארכיון המדינה, לעיל ה"ש 28.
133 נערכו שיחות עם פרופ' רינת קיטאי-סנג'רו ועם עו"ד ענת אסיף.
134 תזכיר חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א-2000 (מיום 26.10.2000) (ראו ארכיון המדינה, לעיל ה"ש 28) (ההדגשות שלנו).
135 לעיל, ה"ש 32.
136 סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 2 ("חוק זה מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים").
137 למצב של תכלית סמויה בלתי-חוקתית, השוו בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665-664 (2002).
138 ראו לעיל ה"ש 51 והטקסט שלידה.
139 חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 2), התשס"ה-2004, ס"ח 11; הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 2), התשס"ד-2004, ה"ח הממשלה 410.
140 רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2.11.2017).
141 גלעד, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1040.
142 פורת, לעיל ה"ש 66, בעמ' 209-208.
143 לדיון רחב בשאלות אלה ראו גלעד, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1041-1045.
144 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 77 (1994). לניתוח נרחב של הלכת לוי, ראו ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג 55, 78-64 (1995).
145 ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד סב(1) 803, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי (2007) ("המצטאות המשפטית בת זמננו אינה מצדיקה עוד להידרש לכלל גורף בדמותו של חריג שיקול הדעת. קשה היא בעיני המחשבה, כי בה בשעה שבמישור המנהלי פותחו ואף הוקשחו הכללים, בהם חייבת רשות מנהלית להתחשב בהפעילה את שיקול דעתה, הרי במישור הנוזיקי, ועל אף הוכחתו של נזק ממשי שנגרם בגין פעולותיה, קונה היא לעצמה חופש פעולה רחב למדי").
146 ראו מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו (2010) 217, 252-256.
147 גלעד, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1045.
148 שם, בעמ' 1046-1047.
149 פורת, לעיל ה"ש 66, בעמ' 210.
150 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 74; אהרן ברק מידתיות במשפט 170-171 (2010).
151 שם, בעמ' 171; מדינה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 192.
152 מדינה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 197.
153 ראו בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007) (להלן: בג"ץ אבו מדיגם).
154 מדינה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 193.
155 ס' 8(ג)(2) לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 2.
156 שם, בס' 10.
157 מדינה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 199.

- 158 שם, בעמ' 206. ראו גם אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות: בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" **משפטים** מב 1097, 1120 (2012).
- 159 ראו **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 150, בעמ' 398.
- 160 בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 77, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 161 בג"ץ **אבו מדיגם**, לעיל ה"ש 153, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 162 משרד המשפטים **דוח ביקורת נושאי 3/15: זכויות נפגעי עבירה** (2015) www.justice.gov.il/Units/Commission/Documents/11.15.pdf.
- 163 שם, בעמ' 4.
- 164 שם, בעמ' 14.
- 165 פרוטוקול מס' 77 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (8.12.2015) m.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=571724.
- 166 שם, בעמ' 3.
- 167 Beloof, לעיל ה"ש 18, בעמ' 258.
- 168 כאשר החוק אינו מתמרץ את רשויות האכיפה לקיים את זכויותיהן של אוכלוסיות אלה – הנפגעים החלשים ביותר הם אלה שגם הפגיעה המשנית שלהם מההליך הפלילי ומרשויות האכיפה תהיה הגדולה ביותר. כך למשל, עבור מהגרים אפילו מימוש הזכות למידע עשוי להוות אתגר גדול במיוחד. כאשר הרשויות אינן מתומצרות לסייע לנפגעים לקבל את המידע והן לא תשלמנה מחיר כלשהו אם הזכות לא תקיים – עלול להיווצר מצב שבו נפגעים-מהגרים כלל לא יקבלו מידע וממילא לא יוכלו לממש זכויות מרחיקות לכת יותר שבבסיסן נדרש מידע. כך למשל, נפגע שאין לו מידע על דיון – לא יכול לממש את זכותו להיות נוכח באולם; נפגעת שאינה יודעת על הסדר טיעון – לא יכולה לממש את זכותה להתנגד לו. בוודאי שנפגעים כאלה יקשה עליהם גם להגיש תלונה משמעתית.
- 169 ויודגש שהתביעה היא הגורם האחראי המרכזי להעברת מידע לנפגע, וכן לעניין הזכויות המשמעותיות להשתתפות בהליך – הסדר טיעון ועיכוב הליכים, מכאן מרכזיותן של רשויות התביעה לטיעוננו (סעיפים 16, 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 2), וראו חלוקת האחריות בין הגוף החוקר, התובע ושב"ס בתוספות השנייה, השלישית והרביעית לחוק.
- 170 מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" **מעשי משפט** ד 15, 17 (ישי מישורי מתרגם, 2011); ראו גם מיכל טמיר "הטעות שבהתנגדות: על ביקורת חיונית והתנגדות מיותרת לנציבות הביקורת על מערך התביעה" **מעשי משפט** ז 203, 206 (2015).
- 171 ראו סעיף 44(א) לחוק המשטרה, התשס"ו-2006, ס"ח 130; סעיף 3(א) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ס"ח 390 (להלן: חוק נציבות שירות המדינה). לדיון באחת ההשלכות של "פנימיותו" של הדין המשמעותי ראו אסף פורת "על הזכות לייצוג משפטי בהליכי משמעת – המקרה המיוחד של הדין המשמעותי בצבא" **משפט ועסקים** יז 469 (2014).
- 172 ראו ס' 18 לחוק המשטרה, המאפשר לסגור דלתים וכך למנוע פרסום בעילה הרחבה של "מניעת פגיעה בביטחון המדינה או בדרכי פעולתה של המשטרה". ס' 41 לחוק נציבות שירות המדינה, לעיל ה"ש 172, קובע הוראה רחבה אף יותר: "(ב) בכל שלב משלבי הדיון רשאי בית הדין להחליט, מנימוקים שיירשמו בהחלטתו, על עריכת הדיון, כולו או חלק ממנו, בדלתיים סגורות, אם לדעתו הדבר רדוש [...] לשם הגנה [...] על פעולתו התקינה של שירות המדינה". פסקי הדין מפורסמים, על פי רוב, בהחסיית שם הנתבע, גם כאשר הורשע, ראו דוגמאות באתר המידע הממשלתי: www.gov.il/he/Departments/publications/reports/police_national_units_disciplinary_tribunal_2011q1
- 173 ס' 43 לחוק נציבות שירות המדינה, לעיל ה"ש 172; תקנות שירות המדינה (משמעת) (החלת הוראות מחוק זכויות נפגעי עבירה), התשס"ז-2006, ק"ת 6545.
- 174 יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" **עיוני משפט** לו 657, 692-693 (2015).

- 175 ראו טמיר ופוגין, לעיל הערה 46, והאסמכתאות המובאות שם.
- 176 מיכל טמיר ויוני לבני "הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד" חוקים ו 49, 63 (2014).
- 177 על פי ס' 198 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הזכאים לערער הם הנאשם או התובע.
- 178 ראו ב"ש (מחוזי ב"ש) 22060/08 אלגרינאוי נ' מדינת ישראל, פס' 4-5 לפסק דינו של השופט פלפל (פורסם בנבו, 25.5.2009).
- 179 המקרה ידוע לנו אישית, ופרטיו כמובן שמורים איתנו.

