

פ"ד נ(2) 769

בג"צ מס' 7357/95

בג"צ מס' 1479/96

1. ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ

2. יצחק בן מיכאל שני

[7357/95](#) בג"צ

דיאמנט

נתן

בן

3. יוסף
4. אפרים גלעד בג"צ 1479/96

נגד

1. מדינת ישראל

2. בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו - השופטת ע' בקנשטיין

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[25.6.96]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים מ' חשין, ד' דורנר

חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, סעיפים 126 - 128(2), 128, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 11, 10, 8, 5 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

מיני-רציו:

* דיון פלילי – יעדו – חשיפת האמת

* דיון פלילי – נוכחות בעלי-הדין – נאשם

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חירות אישית

* משפט חוקתי – חוקי יסוד – השפעתם

* פרשנות – דין – כללי פרשנות

העותרים מואשמים עם אחרים בכתב-אישום אחד הנדון בפני המשיבה. 2. בשל מורכבותו של התיק ורשימת עדי התביעה, המכילה 48 שמות, החליטה המשיבה 2 כי הדיון יתנהל לפנייה שלוש פעמים בשבוע. בעקבות החלטה זו, הגישו העותרים בקשה ובה עתרו שהמשיבה תפטר אותם מחובת ההתייצבות. לחלופין טענו, כי אף אם קיימת חובה כזו, מן הדין ומן הצדק לפטור אותם ממנה לנוכח היותם מיוצגים על-ידי סניגוריהם ועקב היזקקותם לניידות מרבית לצורך ניהול עסקיהם. המשיבה 2 דחתה את בקשותיהם. מכאן העתירה. בתשובה לעתירה נטען, כי ויתורו של נאשם על זכות הנוכחות במשפטו אינה פוטרת אותו מלהתייצב במשפט, כי הסמכות לשחררו מחובת ההתייצבות נתונה לבית המשפט, ובמקום שמראית פני הצדק דורשת כי נאשם יחויב לשבת על ספסל הנאשמים, לא תינתן לו הרשות להיעדר מן המשפט, גם אם הגנתו לא תקופח עקב היעדרותו. בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) לנאשם הזכות להיות נוכח במשפטו. זוהי זכות יסוד, המבטיחה כי נאשם לא יישפט "מאחורי גבו" וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו (776 א').

(2) קיומו של משפט הוגן אינו עניינו של הנאשם בלבד, אלא הוא גם אינטרס ציבורי; נוכחות הנאשם שומרת על מראית פני הצדק ומבטיחה התגוננות יעילה מפני הראיות המפליגות, ובכך גם מאפשרת בירור נאות של העובדות (776 ב-ג).

(3) (אליבא דשופט מ' חשין): יש לדייק ולהבחין בין "מראית פני הצדק" לבין "הצדק בהדרו"; "הצדק בהדרו" הוא מהות, ו"מראית פני הצדק" היא חזות. השיקול של "הצדק בהדרו" יכול שיקשר עצמו בנקל לעקרונות פומביות הדיון: פומביות הדיון תוליד את "הצדק בהדרו", וזה האחרון יזין את סמכות בית המשפט לצוות על נוכחותו של נאשם במשפט שלו. בית המשפט יקנה אפוא סמכות לצוות על נוכחותו של נאשם, ולו מפאת הדרו של הצדק (779 ג-ה).

ב. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) נוכחותו של נאשם במשפטו היא זכות יסוד של הנאשם. אין לנהל משפט בלא נוכחותו של הנאשם, אלא במקרים חריגים. עם זאת, הקביעה כי נוכחותו של נאשם במשפטו היא זכותו של כל נאשם, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי הנאשם ראוי, על-פי שיקול-דעתו שלו, להחליט כי אין הוא רוצה להיות נוכח במשפטו (782 ג-ד).

(2) חירותו של הנאשם להיות נוכח במשפטו אינה מוחלטת. זו חירות מוגבלת. היא מוגבלת באותם מקרים שבהם מוטלת על הנאשם החובה להיות נוכח במשפט. חירותו של נאשם להיות נוכח במשפט וזכותו שלא להיות נוכח במשפט אינן שני צדדיה של אותה מטבע (782 ה-ו).

פ"ד נ(2) 769

(3) כנגד חירותו של נאשם שלא להיות נוכח במשפטו עומדים שיקולים חברתיים שונים העשויים להביא לידי כך שחירות זו תוגבל. נוכחות נאשם במשפטו היא ערך ציבורי שביסודו מונח הצורך לקיים את ה"צדק בהדרו" ואת "מראית פני הצדק" גם יחד (1782-ז).

(4) טובת הציבור מחייבת כי יובטח ניהול ענייני ויעיל של המשפט; כי יובטח הן בפועל והן על-פי מראית הדברים - כי נעשה משט הגון; כי טובת ההגנה על אינטרסים של צדדים שלישיים; כי יובטח אמון הציבור בהליך הפלילי; כי יימנע עיוות-דין. על אינטרסים ציבוריים אלה אין הנאשם רשאי לוותר. טובת הציבור - המתחשבת גם באינטרסים שלו עצמו - אינה קניינו של הנאשם, ואין הוא חופשי לעשות בה כרצונו (1782-ז א783).

ג. (1) הוראת סעיף 128 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, המסמיכה את בית המשפט לחייב נאשם להתייצב במשפט בכל עת, גם בהתקיים התנאים המאפשרים לדון אותו שלא בפניו, ובהם בקשתו שלא להיות נוכח במשפט וייצוגו בידי עורך-דין, מלמדת כי אין הנאשם חופשי שלא להתייצב במשפט ללא רשות בית המשפט (777-א ב).

(2) סעיף 128(2) לחוק מאזן בין האוטונומיה של הרצון הפרטי, שבגדרו האדם חופשי, במגבלות מסוימות, לוותר גם על זכות יסוד, לבין האינטרס הציבורי בנוכחות הנאשם במשפטו (777-ג ד).

(3) (אליבא דשופט מ' חשין): "הדרו של צדק" הינו שיקול נסוג - שיקול משני לחיובו של נאשם להיות נוכח במשפטו, שכן החוק נתכוון להורות - בעיקרם של דברים - על קיומו של משפט צדק לגופו. לאמור, מכוון הוא להגן על זכותו של נאשם למשפט צדק - כך בראש ובראשונה. בה בעת מיעד הוא עצמו להגן על זכותה של התביעה להציג את עניינה כראוי. ואולם אין לשלול - מכול וכול ומראש את שיקול "הצדק בהדרו" כשיקול לחיוב נוכחותו על נאשם במשפטו (779-ז).
ד. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) ההכרעה בשאלה מהו היקף חירותו של נאשם להיות נוכח במשפטו, חייבת להיעשות בדרך של איזון בין האוטונומיה של הרצון הפרטי של הנאשם לבין אינטרסים וערכים אחרים, אשר ההליך הפלילי מבקש להגשים (783-ב ג).

(2) מהבחינה המוסדית, מובטח האיזון בכך שההכרעה בשאלת נוכחותו של נאשם שאינו רוצה בכך נעשית על-ידי בית המשפט. האיזון בין השיקולים המתחרים מובטח, מהבחינה העניינית, בכך שבהכרעהו בבקשת הנאשם שלא להיות נוכח במשפטו, על השופט לאזן כראוי בין הערכים המונחים ביסוד רצון הנאשם שלא להיות נוכח במשפטו, לבין הערכים המונחים ביסוד הצורך בנוכחותו (783-ג ד).

(3) נקודת המוצא של השופט, הנדרש לאזן בין השיקולים המתחרים, היא, שנאשם נוכח במשפטו. אי-נוכחות במשפטו היא תולדה של החלטה משפטית בעקבות בקשה של הנאשם. לשם כך נדרשת החלטה ברורה של הנאשם, פרי בחירה חופשית ומודעת שלו. משנקבע רצונו של הנאשם, יש לאזן בין השיקולים הנוגדים; איזון זה משתנה ממקרה למקרה (785 א).

(4) מול התפיסה כי כל אדם - לרבות כל נאשם - הוא עולם בפני עצמו, עומד אינטרס הציבור בנוכחות הנאשם במשפטו. הנחת המוצא היא, כי במהלך הדברים הרגיל נאשם נוכח במשפט, שכן נוכחות זו דרושה לשם ניהול תקין של המשפט. מטרת ההליך הפלילי היא חשיפת האמת וקביעת חפות או אשמה. לשם הגשמתה של מטרה זו יש להבטיח את אמון הציבור בהגינות ההליך לנאשם ובעשיית צדק לפרט ולכלל. על-כן, מותר לשקול - בגדר האינטרס הציבורי שיקולים ציבוריים הקשורים בטיבו של ההליך הפלילי ובאמון הציבור בו (784-א ה).

(5) האינטרס הציבורי המאפשר פגיעה בזכות אדם הוא אינטרס ציבורי המכוון לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. על-כן, אם נאשם מבקש להיעדר מאולם בית המשפט אין להביא את עצם הרצון שיישב על ספסל הנאשמים ולא יתהלך ברחובות העיר כתמול-שלשום, במניין השיקולים הראויים של האינטרס הציבורי בנוכחות הנאשם במשפטו. ההליך הפלילי הדיוני מכוון לחשוף את האמת. אין הוא מכוון להתעמר בנאשם (784-ז).

(6) (אליבא דשופט ד' דורנר): ויתור הנאשם על זכותו להיות נוכח במשפט מהווה שיקול באיזון בין האינטרסים המתנגשים. עם זאת, הוויתור כשלעצמו אינו סוף-פסוק. על בית המשפט לעשות שימוש בסמכות שהקנה לו החוק ולאזן בין האינטרסים המתנגשים (777 ה).

ה. (אליבא דשופט ד' דורנר): (1) חיובו של נאשם להיות נוכח במשפטו פוגע בזכותו לחירות, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-[יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). הפגיעה בזכות לחירות מותרת רק אם היא מעוגנת בחוק, הולמת את ערכי המדינה, תכליתה ראויה והיא במידה שאינה עולה על הנדרש (777-ז).

פ"ד נ(2) 769

(2) תכלית החוק המסמך, בנסיבות דנן, היא הבטחת יכולתם של הצדדים להביא לפני בית המשפט את ראיותיהם, ובראש ובראשונה, מניעת עיוות-דין כלפי הנאשם. אין לעשות שימוש בשיקול הדעת שמקנה החוק לשם פגיעה בחירותו של הנאשם לצורך השגת מטרה הזרה לתכלית זו (777-778א).

(3) מן הדרישה, כי מידת הפגיעה לא תעלה על הנדרש, מתחייב שלא לכפות על נאשם המוותר על זכות הנוכחות להתייצב למשפטו מעבר לדרוש להשגת התכלית - אי-פגיעה ביכולת התביעה להביא את ראיותיה ומניעת עיוות-דין לנאשם (778א-ב).

ו. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) למסקנה, כי "הצדק בהדרו" אינו כופה נוכחותם של העותרים במשפטם, ניתן להגיע תוך ניתוחו של [חוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב] מתוכו ובו, כמתכונתו וכפירושו לעצמו וקודם היות חוקי היסוד. על-כן, אין צורך להוסיף ולשוטט בשביליו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), לנסות ולמצוא גם בו חיזוק לפירוש הנדרש בלא הכי מתוכו של החוק עצמו (779ז-780א).

(2) לעניין היקף סמכותו של בית המשפט לחייב נאשם להיות נוכח במשפטו שלו, אין צורך להישען על הוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#); אין לבקש להישען על חוקי היסוד במקום שניתן לעמוד על רגליים יציבות גם בלא להידרש להם (781א-ב).

(3) [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) נועד, בראש ובראשונה, לשמש פלס ומשקולת לבחינתם של חוקי הכנסת שלעתיד; כך יולד וזה עיקר תכליתו. ביום התעורר צורך-של-אמת יש לפרשו, וכאשר יורה - כך יש לעשות. לא יהיה זה נכון להבהיל את [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) - להתנאות, להתבשמות, ל"קישוטי פרשנות", לחיזוק פירוש העולה ממילא מתוכו של חוק (781ד-ה).

ז. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) עם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נוצרה מציאות נורמטיבית חדשה. מציאות זו קובעת את פירושה ותוקפם של החוקים החדשים, ומשפיעה על פרשנותם של חוקים ישנים (786א-ב).

(2) חובת כיבודן של הזכויות, הקבועה בסעיף 11 לחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#), מוטלת גם על הרשות השופטת ומשפיעה על שיקול העת השיפוטי. בכל הנוגע לדין הישן, חובת כיבוד זו אינה מכוונת כלפי תוקף הדין הישן. עם זאת, היא מכוונת כלפי פירוש הדין הישן. לחוקי היסוד השלכות לפרשנות כל חוק. הם המוצא לתהליך הפרשני (786ד-ז).

(3) השפעתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מורגשת במיוחד במשפט הפלילי הדיוני והמהותי. המשפט הפלילי הדיוני קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט לכלל - המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם - ישפיע במישרין על סדר הדין הפלילי (786ז-787ב).

(4) עם הפיכתן של זכויות האדם ההילכתיות לזכויות אדם חוקתיות, נוצר שיח ציבורי חדש. נוצרות ציפיות חברתיות חדשות. כבוד האדם וחירותו הופכים לערכים מרכזיים שהתודעה המשפטית נזקקת להם. בתקופת מעבר זו נשמעות טענות רבות בעניין חוקי היסוד שאין להן יסוד, ואכן קיים חשש לשחיקת "חוקי היסוד". הניסיון המשפטי מלמד כי ניתן להתגבר על חשש השחיקה וכי בפועל אכן מתגברים על כך. השימוש המיותר

פ"ד נ(2) 769

בערכים החוקתיים אינו מחליש אותם, אלא ממקד אותם. עם חלוף תקופת המעבר מתייצב השימוש בערכים אלה ומתעוררות הבעיות האמיתיות (787-ג-788ב).

ח. (1) בדרך כלל - וכך הוא אף בנסיבות דנן - אין התביעה נזקקת לנוכחות הנאשם לצורך הבאת ראיותיה. עם זאת, עשויים להיות מקרים שבהם לתביעה יש עניין לגיטימי בנוכחות הנאשם. במקרים מסוג זה ניתן יהיה לחייב את הנאשם להיות נוכח במשפט, ובלבד שהחובה תוגבל לאותן ישיבות שבהן היא תידרש (778-ב-ג).

(2) חזקה כי נאשם המיוצג על-ידי סניגור בקיא בקו ההגנה שאותו הוא מבקש להציג. על-כן, בהיעדר אינדיקאציה ברורה לכך שלמרות בקשתו של נאשם מיוצג שלא להיות נוכח במשפט תפגע ההיעדרות בהגנתו, על בית המשפט לקבל את הבקשה (778-ג-ד).

(3) מראית פני הצדק והשוויון המהותי בין נאשמים הם ערכי יסוד חשובים.

על-כן אנשי עסקים חובקי עולם ומי שמרוויח לחמו בשכר יומי דחוק זכאים שלא להיות נוכחים במשפטם, ובלבד שהדבר לא יפגע באפשרות התביעה להביא את ראיותיה או יגרום להם עצמם עיוות-דין (778-ד-ה).

(4) בכפופות לאינטרסים הלגיטימיים של התביעה ולא-גרימת עיוות-דין לנאשם, אין כל משקל למניעיו של נאשם המבקש שלא להיות נוכח במשפטו (778ה).

(5) בנסיבות דנן, ביקשו העותרים להיעדר מן הדיונים שבהם יושמעו ראיות נגד נאשמים אחרים. על פני הדברים, בנסיבות אלה לא היה מקום לסרב להם. עם זאת, קיימת אפשרות כי עדות המכוננת נגד נאשם אחד תשליך גם על אשמת נאשם אחר. על בית המשפט לתת דעתו לאפשרות כזו, להעמידה בפני הנאשם ולבקש את התייחסותו אליה (778-ז).

ט. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) בבסיס רצונם של העותרים להשתחרר מנוכחותם במשפטם עומד הרצון למנוע התמוטטות עסקיהם. זהו אינטרס ראוי להגנה, ובהיותו קשור בחופש העיסוק הוא בעל משקל ניכר (785-ז-ה).

(2) בנסיבות דנן, המשפט מתנהל נגד כמה נאשמים, ולעתים קרובות עדות המושמעת היא רלוואנטית לנאשם אחד ואינה רלוואנטית לנאשם אחר. זהו שיקול נכבד לטובת מתן רשות לנאשם להיעדר ממשפטו שעה שעניינם של הנאשמים האחרים נדון (785-ו-1).

(3) אילו שקל בית המשפט את כל השיקולים הרלוואנטיים ונמנע מלשקול את השיקולים שאינם ראויים לשקילה, היה בג"צ נוטה שלא להתערב בשיקול-דעתו; אין כשופט של הערכאה הראשונה החש את פעימות המשפט והמודע לצורכי המשפט ההוגן המתנהל לפניו. בנסיבות דנן, לאור הראשוניות של המקרה, יש להחזיר את העניין לערכאה הראשונה כדי שתשקול בו מחדש (785-ז-1).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

[1] ע"פ 1632/95 משולם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מט 534. (5)

[2] ע"פ 883/84 קרפ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח 335. (4)

פ"ד נ(2) 769

- [3] [ע"פ 247/66 סעדה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ32](#). (4)
- [4] [ע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה444](#). (2)
- [5] [ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו464](#). (2)
- [6] [בש"פ 2864/95](#) - לא פורסם.
- [7] [בג"צ 231/63 רטף, הספקת מזון בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד יז2730](#).
- [8] [בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט94](#). (4)
- [9] [בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט355](#). (3)
- [10] [דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט589](#). (4)
- [11] [ע"פ 656, 639/79 אפללו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד561](#). (3)
- [12] [ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט221](#). (4)
- [13] [בג"צ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט1](#). (5)
- [14] [בג"צ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים ואח', פ"ד מא683](#). (4)

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[15] *24U. S 380 singer v. Unitedn states* . (1965).[16] *458U. S 304 johnson v. Zerbst* . (1938).

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

[17] *r. V. Howson* [1981] 74 Cr. Ap. Rep 172 . .

פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

[18] *r. V. Oakes* [1986] 103 S. C. R 1 . .

עתירות למתן צו-על-תנאי. הדיון - כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירות נתקבלו.

התיקים הוחזרו לבית-משפט השלום להמשך הדיון.

ז' שרף - בשם העותרים 1- [בבג"צ 7357/95](#); ש' הל-גלעד - בשם העותר [בבג"צ 7357/95](#); פ' גלדקוב - בשם העותר [בבג"צ 1479/96](#); נ' בן-אור, מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה - בשם המשיבות.

פסק-דין

השופטת ד' דורנר: 1. העותרים בבג"צ 7357/95 (להלן - העותרים) והעותר בבג"צ 1479/96 (להלן - העותר) מואשמים יחד עם 11 אחרים בכתב-אישום אחד בבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו. כתב האישום מורכב וסבוך. הוא מחולק לשישה אישומים נוסף על החלק הכללי. כל אחד משישה האישומים מתייחס לקבוצה אחרת של נאשמים. לעותרים בעתירות שלפנינו נוגעים האישום הראשון והאישום החמישי. ברשימת עדי התביעה מופיעים 48 עדים.

לאור מורכבותו של התיק קבע בית המשפט (סגן הנשיא, השופטת ע' בקנשטיין) כי הדיונים בכתב האישום יתקיימו שלוש פעמים בשבוע. כן נקבע כי "הנאשמים מוזהרים בחובת התייצבותם".

בעקבות החלטה זו הגישו העותרים בקשה, ובה עתרו כי בית המשפט יצהיר כי לא מוטלת עליהם חובת התייצבות, ולחלופין, אף אם הייתה קיימת חובה כזו, מן הדין ומן הצדק לשחררם ממנה לנוכח היותם מיוצגים על-ידי סניגורים ועקב היזקקותם לניידות מרבית לצורך ניהול עסקיהם. העותר, מצדו, הגיש אף הוא בקשה לשחררו מהתייצבות לאותן ישיבות שמועדיהן מתנגשים במועדים שבהם עליו לשהות בחו"ל בשל עסקיו. בדחתה את הבקשות כתבה השופטת בקנשטיין:

"אין שאלת הנוכחות של נאשמים בבית-המשפט מוכרעת על-פי רצונם של הנאשמים והסמכות היא של בית-המשפט ליתן היתר לנאשם להיעדר ממשפטו. לענין זה אין נפקא מינה, והמחוקק לא ראה לאבחן אם באנשי עסקים חובקי עולם עסקינן או במי שמרוויח לחמו בשכר יומי דחוק. לאחר שהיו בפני טעוני באי-כוח הנאשמים 1-3 כמו גם טעוני בא-כוח הנאשם 8 לענין זה וניתנה הזדמנות לתביעה להשיב, אני רואה להורות כי הנאשמים יתייצבו לכל ישיבות בית-המשפט בהליך זה, אלא אם כן ישוחרר מי מהם מישיבה זו או אחרת על-ידי בית-המשפט וזאת על-יסוד בקשה מנומקת שתוגש לבית-המשפט מבעוד מועד ותידון לגופה".

כנגד החלטה זו הוגשה העתירה בבג"צ 7357/95. העותר הגיש בקשה נוספת לאפשר לו להיעדר ממספר דיונים לרגל נסיעת עסקים מתוכננת. בקשתו נדחתה ועל-כן הוגשה העתירה בבג"צ 96/1479.

2. העותרים טענו כי הדין אינו מחייב נאשם להיות נוכח במשפטו, ובית המשפט רשאי לכפות את נוכחותו רק אם היא דרושה לצורך ניהול המשפט (כגון לצורכי זיהוי). לחלופין נטען - ולטענה זו הצטרף גם העותר שלא טען כי נאשם חופשי שלא להתייצב למשפטו - כי בנסיבות המקרה ראוי היה להיעתר לבקשות.

בתשובה לעתירה נטען כי ויתורו של נאשם על זכות הנוכחות במשפטו איננה

פ"ד נ(2) 769

משחררת אותו מלהתייצב במשפט, כי הסמכות לשחררו מחובת ההתייצבות נתונה לבית המשפט, ובמקום שמראית פני הצדק דורשת כי נאשם יחויב לשבת על ספסל הנאשמים, לא תינתן לו הרשות להיעדר מן המשפט גם אם הגנתו לא תקופח עקב היעדרותו.

בהסכמת המשיבים החלטנו לדון בעתירות כאילו ניתן צו-על-תנאי.

3.לנאשם הזכות להיות נוכח במשפטו. זוהי זכות יסוד, המבטיחה כי נאשם לא יישפט "מאחורי גבו" וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו. קיומו של משפט הוגן אינו עניינו של הנאשם בלבד, אלא הוא גם אינטרס ציבורי. עמדתי על כך בע"פ 1632/95 משולם ואח' נ' מדינת ישראל (להלן - פרשת משולם [1]), בעמ' 547:

"ככלל, קיימת חפיפה בין זכות הנוכחות לבין האינטרס הציבורי בדבר קיום יון משפטי הוגן, שכן, נוכחות הנאשם שומרת על מראית פני הצדק ומבטיחה התגוננות יעילה מפני הראיות המפלילות, ובכך גם מאפשרת בירור נאות של העובדות".

4.בעתירות שלפנינו מתעוררות שתי שאלות. ראשית, האם נאשם שוויתר על זכותו להיות נוכח במשפטו רשאי להיעדר מן המשפט, או שמא היעדרותו טעונה רשות בית המשפט. שנית, אם היעדרות נאשם ממשפטו טעונה אישור מאת בית המשפט, מה הם השיקולים שעל יסודם יכריע בית המשפט בבקשת האישור.

התשובה לשתי השאלות מצויה בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן - החוק). זכות-חובתו של נאשם להיות נוכח במשפטו נקבעה בסעיף 126 לחוק:

"באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו".

סעיף 128 קובע את בעל הסמכות לעניין שחרור הנאשם מחובת הנוכחות במשפטו, ואת השיקולים שעל יסודם יש להפעיל את הסמכות:

"נאשם שהוזמן לתחילת המשפט ולא התייצב, מותר לדונו לא בפניו -

(1) אם הוא נאשם בחטא או בעוון והודה בהודיה שבכתב בכל העובדות הנטענות בכתב האישום, ולא טען בה עובדות נוספות שיש בהן לכאורה כדי לשנות את תוצאות המשפט; (2) אם ביקש שמשפטו יתנהל שלא בפניו והוא מיוצג בו על ידי סניגור, ובית המשפט סבו שלא יהיה בשפיטתו שלא בפניו משום עיוות דין לנאשם, אולם רשאי בית המשפט, בכל שלב של המשפט, לצוות על התייצבות הנאשם".

על רקע נורמטיבי זה אדון בשתי השאלות כסדרן.

5. הוראת סעיף 128 לחוק, המסמיכה את בית המשפט לחייב נאשם להתייצב במשפט בכל עת גם בהתקיים התנאים המאפשרים לדון אותו שלא בפניו, וביניהם בקשתו שלא להיות נוכח במשפט וייצוגו על-ידי עורך-דין, מלמדת כי אין הנאשם חופשי שלא להתייצב במשפט ללא רשות בית המשפט. עמד על כך הנשיא שמגר בע"פ [883/84](#) קרפ ואח' נ' מדינת ישראל [2], בעמ' 336:

"... הסניגור המלומד סבר בטעות, כי שאלת הנוכחות מוכרעת בעיקרה על-פי רצונו של הנאשם, ולא היא; בית המשפט הוא שצריך להחליט בכך, וכדי שיעשה כן, צריכים להתקיים במקרה דנן התנאים הקבועים בסעיף 128 על חלופותיו...".

ראו גם: ע"פ [247/66](#) סעדה נ' היועץ המשפטי לממשלה [3], בעמ' 36; ע"פ [353/88](#) וילנר נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 450.

השיקולים במתן אישור לנאשם שלא להתייצב למשפטו

6. סעיף [128\(2\)](#) לחוק מאזן בין האוטונומיה של הרצון הפרטי, שבגדרו האדם חופשי, במגבלות מסוימות, לוותר גם על זכות יסוד (השוו ע"א [294/91](#) חברת קדישא גחש"א "קהילת ירולים" נ' קסטנבאום [5], בעמ' 535), לבין האינטרס הציבורי בנוכחות הנאשם במשפטו. האינטרס הציבורי מתבטא הן בכך שאפשרות התביעה להוכיח את טענותיה - למשל, על-ידי זיהוי הנאשם על-ידי עדיה באולם בית המשפט - לא תיפגע עקב היעדרות הנאשם מן המשפט, והן בכך שלנאשם עצמו לא ייגרם עיוות-דין עקב ההיעדרות. עיוות-דין לנאשם אינו פוגע בו בלבד, אלא גם באינטרס הציבורי למשפט צדק. אכן, ויתור הנאשם על זכותו להיות נוכח במשפט מהווה שיקול באיזון בין האינטרסים המתנגשים. עם זאת, הוויתור כשלעצמו אינו סוף-פסוק. על בית המשפט לעשות שימוש בסמכות שהקנה לו החוק ולאזן בין האינטרסים המתנגשים.

7. טענת המשיבים, שיסודה בנימוקים שהניעו את בית-משפט השלום לסרב לבקשת העותרים להיעדר מן הדיון, היא, כי מראית פני הצדק דורשת כי העותרים, נכבדים ככל שיהיו, יישבו על ספסל הנאשמים, למען ייווכח הציבור שנוהגים בהם כבכל נאשם אחר. טענה זו אינה יכולה להתקבל.

8. חיובו של נאשם להיות נוכח במשפטו פוגע בזכותו לחירות, המעוגנת בסעיף [5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). הפגיעה בזכות לחירות מותרת רק אם היא מעוגנת בחוק, הולמת את ערכי המדינה, תכליתה ראויה והיא במידה שאינה עולה על הנדרש. ראו והשוו בש"פ [2864/95](#). [6]

כאמור, תכלית החוק המסמיך בענייננו היא הבטחת יכולת הצדדים להביא לפני בית המשפט את ראיותיהם, ובראש ובראשונה, מניעת עיוות-דין כלפי הנאשם. אין לעשות

פ"ד נ(2) 769

שימוש בשיקול הדעת שמקנה החוק לשם פגיעה בחירותו של הנאשם לצורך השגת מטרה הזרה לתכלית זו. ראו דברי השופט זוסמן בבג"צ 231/63 רטף, הספקת מזון בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח' [7], בעמ' 2733, ודברים שכתבתי בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח' [8], בעמ' 140 ואילו מן הדרישה, כי מידת הפגיעה לא תעלה על הנדרש, מתחייב שלא לכפות על נאשם המוותר על זכות הנוכחות להתייצב למשפטו מעבר לדרוש להשגת התכלית - אי-פגיעה ביכולת התביעה להביא את ראיותיה ומניעת עיוות-דין לנאשם.

9. באשר לאינטרס התביעה בנוכחות הנאשם, בדרך כלל - וכך הוא אף בענייננו אין התביעה נזקקת לנוכחות הנאשם לצורך הבאת ראיותיה. עם זאת, עשויים להיות מקרים שבהם לתביעה יש עניין לגיטימי בנוכחות הנאשם, למשל כאשר היא מבקשת כי הוא יזוהה באולם בית המשפט על-ידי העדים. במקרים מסוג זה ניתן יהיה לחייב את הנאשם להיות נוכח במשפט, ובלבד שהחובה תוגבל לאותן ישיבות שבהן היא תידרש.

10. באשר לחיוב נאשם להיות נוכח במשפטו מפאת חשש לעיוות-דין שייגרם לו אם ייעדר, על בית המשפט לבחון אם ההיעדרות תפגע בהגנת הנאשם. ככלל, חזקה כי נאשם המיוצג על-ידי סניגור בקיא בקו ההגנה שאותו הוא מבקש להציג. על-כן, בהיעדר אינדיקאציה ברורה לכך שלמרות בקשתו של נאשם מיוצג שלא להיות נוכח במשפט תפגע ההיעדרות בהגנתו, על בית המשפט לקבל את הבקשה.

11. "מראית פני הצדק" והשוויון המהותי בין נאשמים הם ללא ספק ערכי יסוד חשובים במשפטנו. הכללים שפירטתי לעיל חלים אפוא באותה המידה על "אנשי עסקים חובקי עולם" ועל "מי שמרוויח לחמו בשכר יומי דחוק". אלה כמו אלה זכאים שלא להיות נוכחים במשפטם, ובלבד שהדבר לא יפגע באפשרות התביעה להביא את ראיותיה או יגרם להם עצמם עיוות-דין.

ודוקו: בכפיות לאינטרסים הלגיטימיים של התביעה ולא-גרימת עיוות-דין לנאשם, אין כל משקל למניעיו של נאשם המבקש שלא להיות נוכח במשפטו. על-כן, גם נאשם שבקשתו שלא להיות נוכח במשפט מבוססת אך על אי הנעימות שבישיבה על ספסל הנאשמים, זכאי לכך שהבקשה תיענה אם התביעה או הגנתו שלו לא ייפגעו מהיעדרותו.

12. במקרה שלפנינו ביקשו העותרים להיעדר מן הדיונים שבהם יושמעו ראיות נגד נאשמים אחרים. על פני הדברים, בנסיבות אלה לא היה מקום לסרב להם. השוו.: London, r. V) c. Hampton, criminal (1982, rd. Ed howson 179 (1981) [17] at 178-179; procedure; 3 עם זאת, קיימת אפשרות כי עדות המכוונת נגד נאשם אחד תשליך גם על אשמת נאשם אחר. על בית המשפט לתת דעתו לאפשרות כזאת, להעמידה לפני הנאשם ולבקש את התייחסותו אליה, שכן, כאמור לעיל, הוא הבקיא בהגנתו.

13. על יסוד האמור לעיל אני מציעה לקבל את העתירות, במובן זה שהחלטת בית

פ"ד נ(2) 769

המשפט תבוטל והדיון יוחזר אליו למען יחליט בבקשות העותרים לאור אמות המידה שפורטו לעיל.

השופט מ' חשין: אני מסכים לדברי חברתי, השופט דורנר, כי שופטת בית-משפט קמא לא הדריכה עצמה כראוי בפירושו הוראת סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (להלן נכנה אותו - חוק סדר הדין הפלילי או החוק). כך גם בנושא איתור מרחב שיקול הדעת של בית המשפט לעניין חיוב נוכחותו של נאשם במשפטו, כאמור בסעיף 128 לחוק.

2.הכול מסכימים כי בית-משפט קנה סמכות לצוות על נאשם - בכל עת - להתייצב לדיון ולהיות נוכח במשפטו. הלוא כן הוא דברו של סעיף 128 לחוק סדר הדין הפלילי, ש" . . . רשאי בית המשפט, בכל שלב של המשפט לצוות על התייצבות הנאשם". השאלה שלענייננו היא, אם בנושא חיובו של נאשם להיות נוכח במשפטו, שיקול "מראית פני הצדק" - באשר הוא - פוקד עצמו כשיקול ראוי בין שיקולים.

בחנתי את השאלה ואודה כי דעתי ניטלטה לא מעט אנה ואנה. ראשית לכול, נדייק ונבחין בין "מראית פני הצדק" לבין "הצדק בהדרו". ולא הרי זה כהרי זה. שראשון - "הצדק בהדרו" - הוא מהות, ואחרון - "מראית פני הצדק" - הוא חזות; ראשון הוא תוך, אחרון הוא קליפה; ראשון קורן מתוכו, אחרון זוכה באור המוקרן עליו ממהות חוצה-לו. והגם שאין תוך בלא קליפה, נסכים כולנו כי תוך הוא תוך וקליפה היא קליפה. ואם הסכמתי כי שיקול "מראית פני הצדק" אינו לענייננו, לא כן באשר ל"צדק בהדרו". השיקול של "הצדק בהדרו" יכול שיקשר עצמו בנקל לעקרונות הדיון; ומתוך שאיש לא יחלוק על חשיבותו הראשה של עקרון פומביות הדיון, כך אמרתי אל לבי, אפשר נלמד מכאן לענייננו שלנו: פומביות הדיון תוליד את "הצדק בהדרו", וזה האחרון יזין את סמכות בית המשפט לצוות על נוכחותו של נאשם במשפטו שלו. בית-משפט יקנה אפוא סמכות לצוות על נוכחותו של נאשם, ולו מפאת הדרו של הצדק.

ואם לסופם של שקלא וטריא, ביני לבין עצמי, הגעתי לכלל מסקנה כי "הדרו של הצדק" הינו שיקול נסוג - שיקול משני - לחיובו של נאשם להיות נוכח במשפטו, אין זאת אלא משום שסברתי - כמוני כחברתי - כי [חוק סדר הדין הפלילי](#) נתכוון להורותנו - בעיקרם של דברים - על קיומו של משפט צדק לגופו, לאמור, מכוון הוא להגן על זכותו של נאשם למשפט צדק - כך בראש ובראשונה - ובה בעת מייעד הוא את עצמו להגן על זכותה של התביעה להציג את עניינה כראוי. ואולם, שלא כחברתי לא אשלול - מכול וכול, ומראש - את שיקול "הצדק בהדרו" כשיקול לחיוב נוכחותו של נאשם במשפטו. יכול אני לצייר צירופי עובדות מסוימים - נדירים, אמנם - שבהם יתעורר צורך דוחק לחייב נוכחותו של נאשם במשפטו שלו מפאת "הצדק בהדרו". ואולם אם כך במקרים אחרים, לא כן בענייננו שלנו, שרחוקים אנו במאוד ממערכות מעין אלו הנדירות. אכן, לא ימצא חולק על האינטרס הלגיטימי שיש לעותרים להיעדר

1996 פסקי-דין, כרך נ, חלק שני, תשנ"ו/תשנ"ז

778

פ"ד נ(2) 769

ממשפטם, וגם לא ראינו כי "הצדק בהדרו" כופה עלינו נוכחותם של העותרים במשפטם.

3. הגעתי למסקנה שהגעתי תוך ניתוחו של [חוק סדר הדין הפלילי](#) מתוכו ובו, כמתכונתו וכפירושו לעצמו וקודם היות חוקי היסוד. משראיתי כך, לא מצאתי ואיני מוצא - צורך להוסיף ולשוטט בשביליו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), לנסות ולמצוא גם בו חיזוק לפירוש הנדרש בלאו הכי מתוכו של [חוק סדר הדין הפלילי](#) עצמו. אם כך ככלל, לא כל שכן שמקרא מפורש הוא בסעיף 10 לחוק היסוד, כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". והרי [חוק סדר הדין הפלילי](#) הוא דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. אכן, לו באתי לכלל מסקנה כי פירושו הראוי של [חוק סדר הדין הפלילי](#) הוא ש"הצדק בהדרו" - ואולי "מראית פני הצדק" - מהווים ציר מרכזי בשיקול-דעתו של בית המשפט אם יחייב נאשם להיות נוכח במשפטו, כך הייתי מורה הלכה. אלא שגם אז וגם כך לא היה בחוק היסוד כדי לשנות דבר. נמצא לנו אפוא, כי בין כך ובין אחרת, אין בו בחוק היסוד כדי להעלות או להוריד בפירושו של [חוק סדר הדין הפלילי](#).

4. להשלמה אוסיף עוד ואומר זאת: על משמעותו ועל תחום פריסתו של [סעיף 10](#)

[לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) הארכתי דבר - אפשר הארכתי ביתר - [בבש"פ 537/95](#) גנימאת נ' מדינת ישראל [9], בייחוד בעמ' 388-401 והמתעניין יקרא ויידע.

ומכל דברים שכתבתי שם אמרתי אחזור על מילים אחדות הבאות בעמ' 401, ובהן עיקר:

"...לעתיד לבוא נזכיר את חוק היסוד - נזכיר אותו ונסתמך עליו - כמסמך שבו מאוגדות זכויות יסוד. ואולם נדע ונשמור שני אלה: אחד, כי אותן זכויות לא נולדו עם חוק היסוד, וכי חוק היסוד - בעיקרם של דברים - אמר אך לתת ביטוי חרות לזכויות 'טבעיות' שהיו קיימות לפניו. ושניים, כי את עוצמתן המוסרית והחברתית שואבות זכויות היסוד לא מחוק היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן - מן האור, מן העוצמה ומן החום הגנוזים בהן - והרי הן כאותו סנה הבוער באש ואיננו אוכל. והסנה עמנו מאז ומקדם. אחרים יאמרו, כי זכויות היסוד בנות הן להשקפתנו המוסרית והחברתית, ומכאן כוחן. בין כך ובין כך, עוצמה וכוח היו בהן בזכויות היסוד כבר לפני היות חוק היסוד, וגם באותה עת לא היה דבר ש'כפה' את בתי המשפט להחליט כפי שהחליטו - או שמנע אותם מהחליט אחרת. בבחינת מהותם של דברים, לא מצאתי מה נשתנה מאז ועד עתה, לאחר היות חוק היסוד".

בדיון הנוסף שהיה באותה פרשה ([דנ"פ 2316/95](#) גנימאת נ' מדינת ישראל [10]) הוספתי ואמרתי דברים אחרים, בעמ' 639-643 ומדברים אלה לא נביא אלא שני פסוקים בלבד, שם, בעמ' 643:

"...נוסיף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, ויחוחם יעלה באפנו.

פ"ד נ(2) 769

נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו. ואולם לעולם ננוע באותם מעגלות שהוצבו בדין הקודם...".

כך סברתי לעת כתיבת דברים שכתבתי. כך סובר אני כהיום הזה.

5. דבר אחרון: סעיף 5 לחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#), עניינו הוא "חירות אישית", ומורה הוא אותנו כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". חברתי, השופט דורנר, נדרשת להוראת חוק זו, ומבקשת היא ללמוד ממנה לעניין היקף סמכותו של בית-משפט לחייב נאשם להיות נוכח במשפטו שלו. על כך ביקשתי לומר - והוא עיקר בעיניי - שקשה עליי כי נבקש להשעין עצמנו אל חוקי יסוד במקום שיכולים אנו לעמוד על רגלינו יציבות גם בלא להידרש להם.

לא אביע דעתי עתה כיצד ראוי לנו שנפרש את חוקי היסוד, ובאיזו דרך נלך ונקבע את תחומי פריסתם. פירושה של חוקי היסוד בפריסתם הרחבה - בייחוד אמורים דברים [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) - ילמדנו כי מלוא כל הארץ כבודם והרי הם בכל אתר ואתר. ואולם גם אם לא נפרשם ברחבות יתר, גם אז כוחם של חוקי היסוד עמם לצאת ולבוא בתחומי חיים לא מעטים. ואם נשלוף את חוקי היסוד מציקלוננו באשר נלך ונבוא, לסימוכין לאסמכתא, לתורה ולעבודה, נביא כמו דינו לשחיקתם מכל הטוב שבהם, ואפשר אף נעורר עלינו קנאת זרים. [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) - נזכור נא ונשמור - נועד, בראש ובראשונה, לשמש פלס ומשקולת לבחינתם של חוקי כנסת שלעתיד; כך יולד וזה עיקר תכליתו. וביום התעורר צורך-של-אמת, נפרשו לפנינו, וכאשר יורנו כן נעשה. ואולם לא יהא זה ראוי כי נניפו מעל לראשינו כל העת - ערב ובוקר בכל יום תמיד - ובייחוד ביודענו כי לסופם של שקלא וטריא יחליק מעלינו, בלא שיתיר רישום של ממש ובלא שישירות בגופו של חוק כנסת ולו שרטת קלה. לא יהיה זה נכון, לדעתי, כי נבהיל את [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) אלינו - להתנאות, להתבשמות, ל"קישוטי פרשנות", לחיזוק פירוש העולה ממילא מתוכו של חוק. חוק הכבוד אין הוא צעצוע לשעשועי פרשנות, וייעודו אין הוא לשמש הערת שוליים להידורו של כל דבר הלכה. אני חושש מקריאה כי נקרא כל העת: "משיח, משיח" - והיפוכו: "זאב, זאב" - והרי ידענו כי לא כך נקרב ביאתו של גואל ולא כך נגרש זאב; נהפוך הוא. ואולם, בקריאה כך חוזרת ונשנית עלולים אנו לפורר את המיקשה, וביום פקודה כי יבוא לא יעמוד לנו כוחנו להקיש את מילת הצופן ולחתוך באשר ראוי כי חתוך. המתהלך את (עם) קטני ארץ סופו שידמה להם.

הנשיא א' ברק: 1. מסכים אני לפסק-דינה של חברתי, השופטת דורנר, ולפסק-דינו של חברי, השופט חשין. עם זאת, הסכמה זו מלווה במספר דגשים והערות, ועליהם ברצוני לעמוד. נקודת המוצא שלי היא כי נוכחות נאשם במשפטו היא "זכותו" החוקתית. השאלה הינה, אם רשאי הוא לוותר על "זכותו" זו. האין לומר כי הנוכחות של נאשם במשפטו אינה רק זכות אלא גם חובה? באחת הפרשות ציין השופט מצא, כי "בצד החובה המוטלת על נאשם לנכוח במשפטו... ידועה ומוכרת גם זכותו לנכוח;

1996 פסקי-דין, כרך נ, חלק שני, תשנ"ו/תשנ"ז

780

פ"ד נ(2) 769

וחובת השופט לכבד זכות זו נמנית עם חובותיו היסודיות ביותר בתחום שמירת הזות הצדק וקיום דיון כהלכתו" (ע"פ 353/88 [4], בעמ' 450). מהו היחס בין הזכות לחובה? שאלות אלה מעוררות בעיות יוריספרודנטליות באשר למהותה של הזכות ויחסה לחובה לקיימה; האין לומר כי הזכות להיות נוכח במשפט היא חירות של הנאשם, וכי חירות זו מוגבלת בחובת הנוכחות? הן מעוררות בעיות חוקתיות, הקשורות לכוחו של אדם לוותר על זכותו החוקתית (ראה: a look at: young, not waving but drowning 53 waiver and collective constitutional rights in the criminal process Face of justice and state a) m. Damaska, the; Uthority .saks.l. rev 98(1988). 7(1989) אפילו נאמר כי לנאשם זכות ("במובן הצר") להיות נוכח במשפטו, האם הוא רשאי לוותר על זכותו זו? האם האפשרות לוותר על זכות חוקתית גוררת אחריה את הזכות לקיום היפוכה של אותה זכות (השווה [15] singer v. United states (1965)? הן מעוררות בעיות הקשורות למטרות הדיון הפלילי. האם מטרתו היא אך גילוי האמת, או שמא יש לו מטרות לוואי נוספות, המצדיקות בנסיבות מסוימות הטלת חובה על נאשם להיות נוכח במשפטו, גם אם לא יהיה בכך כדי להשפיע על גילוי האמת? שאלות אלה אינן פשוטות. נקודת המוצא המשותפת לכולנו הינה, כי נוכחותו של נאשם במשפטו היא זכות יסוד של הנאשם. אין לנהל משפט - אלא במקרים חריגים שאינם מענייננו (ראה פרשת משולם [1]) - בלא נוכחות הנאשם. "...לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו" (סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (להלן - חוק סדר הדין הפלילי)). עם זאת, הקביעה כי נוכחות נאשם במשפטו היא זכותו של כל נאשם, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי הנאשם רשאי, על-פי שיקול-דעתו שלו, להחליט כי אין הוא רוצה להיות נוכח במשפטו. אכן, ספק בעיניי אם נכון הוא לסווג את נוכחות הנאשם במשפטו כ"זכות" (במובנה "ההופלדיאני הצר": ראה - w.n. hohfeld, fundamental legal (1919), conceptions - (privilege, liberty). ניתן לומר כי הניתוח האנאליטי הנכון הוא להכיר בחירותו של נאשם להשתתף במשפטו. כנגד חירותו זו של נאשם להיות נוכח במשפט עומד היעדר זכותה של המדינה למנוע ממנו להיות נוכח במשפטו. אך מהיעדר זכות זו של המדינה למנוע מנאשם להיות נוכח במשפטו לא נגזרת זכותו של נאשם שלא להיות נוכח במשפטו. חירותו של הנאשם להיות נוכח במשפטו אינה מוחלטת. זו חירות מוגבלת. היא מוגבלת באותם מקרים שבהם מוטלת על הנאשם החובה להיות נוכח במשפט. אכן, חירותו של נאשם להיות נוכח במשפט וזכותו שלא להיות נוכח במשפטו אינן שני צדדיה של אותה מטבע. אלה הן מטבעות נפרדים ושונים. כנגד חירותו של נאשם להיות נוכח במשפטו עומד היעדר זכותה של המדינה למנוע את נוכחותו. אך כנגד חירותו של נאשם שלא להיות נוכח במשפטו עומדים שיקולים חברתיים שונים העשויים להביא לידי כך שחירות זו תוגבל. אכן, שאלת נוכחותו של נאשם שאינו רוצה להיות נוכח במשפטו אינה נקבעת אך על-פי רצונו. נוכחות נאשם במשפטו אינה אך ביטוי לאונומיה של הרצון הפרטי שלו. נוכחות נאשם במשפטו היא ערך ציבורי. ביסוד ערך זה מונח הצורך לקיים בלשונו של חברי, השופט חשין - את "הצדק בהדרו" ואת "מראית פני הצדק" גם יחד. אכן, טובת הציבור מחייבת כי יובטח ניהול ענייני ויעיל של המשפט; כי יובטח הן בפועל

פ"ד נ(2) 769

על-פי מראית הדברים - כי נעשה משפט הוגן; כי תובטח הגנה על אינטרסים של צדדים שלישיים; כי יובטח אמון הציבור בהליך הפלילי; כי יימנע עיוות-דין. על אינטרסים ציבוריים אלה אין הנאשם רשאי לוותר. טובת הציבור - המתחשבת גם באינטרסים שלו עצמו - אינה "קניינו" של הנאשם, ואין הוא חופשי לעשות בה כרצונו. אין הוא בעל אינטרסים אלה. אלה הם ערכים חברתיים אשר יש להבטיח התגשמותם, הרף רצונו של נאשם (ראה: : Tex. L. Rev 55a brief for 193(77-1976) . g.e. dix, waiver in criminal procedure (more careful analysis). ככל חירות, גם חירותו של הפרט להיות נוכח במשפט היא בעלת אופי יחסי. ניתן להגבילה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (השווה סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

2. הנה כי כן, ההכרעה בשאלה מהו היקף חירותו של נאשם להיות נוכח במשפטו, חייבת להיעשות בדרך של איזון בין האוטונומיה של הרצון הפרטי של הנאשם לבין אינטרסים וערכים אחרים אשר ההליך הפלילי מבקש להגשים. איזון זה מובטח, מהבחינה המוסדית, בכך שההכרעה בשאלת נוכחותו של נאשם שאינו רוצה בכך נעשית על-ידי בית המשפט. כוח ההכרעה בשאלת אי הנוכחות נתון לשופט ולא לנאשם (ראה ע"פ 883/84 [2] , בעמ' 336). ביטוי לכך ניתן למצוא בסעיף 128 לחוק סדר הדין הפלילי. האיזון בין השיקולים המתחרים מובטח, מהבחינה העניינית, בכך שבהכרעהו בבקשת הנאשם שלא להיות נוכח במשפטו, על השופט לאזן כראוי בין הערכים המונחים ביסוד רצון הנאשם שלא להיות נוכח במשפטו, לערכים המונחים ביסוד הצורך בנוכחותו. נפנה עתה לאיזון זה, המונח ביסוד העתירות שלפנינו.

3.מחד גיסא עומד רצונו של הנאשם שלא להיות נוכח במשפטו. רצון זה הוא ביטוי לאוטונומיה שלו, שהיא ביטוי לכבוד האדם, שממנו הוא נהנה. על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כבוד האדם מתבטא, בין השאר, בחופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי. זהו גם חופש הבחירה של נאשם, אם להיות נוכח במשפטו אם לאו. ביסוד חופש בחירה זו יכולים לעמוד שיקולים שונים. "המעמד" של נאשם קשה הוא לאדם. עם הגשת כתב האישום משתנה עולמו. שיווי המשקל הנפשי והחברתי שממנו הוא נהנה מתערער. הוא נתון לסיכונים חדשים. הוא נפגע חברתית. הוא נפגע כלכלית. ימיו ולילותיו אינם כתמול שלשום. היטיב להביע זאת השופט דיקסון (dickson) בפרשה קנדית, בציינו: Consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to an individual charged with a criminal offence faces grave social and personal . Social stigma and ostracism from the community, as well as other social(119, at[18] . Psychological and economic harms (1986) r. V. Oakes) על-כן עשוי נאשם להביע רצון שלא להיות נוכח במשפטו. הוא מבקש שלא להיות חשוף לעין הציבור. הוא מבקש להמשיך בעסקיו. הוא מבקש גם להגשים את

1996 פסקי-דין, כרך נ, חלק שני, תשנ"ו/תשנ"ז

782

פ"ד נ(2) 769

החוקתית לחופש העיסוק. הוא מבקש להמשיך ככל האפשר בשיגרת חייו. הוא מבקש שלא לשמוע טיעונים הנוגעים למצבו האישי (ראה: [ע"פ 247/66](#) [3], בעמ' 36). כל אלה הם שיקולים לגיטימיים שיש לקחת בחשבון. הם משקפים את התפיסה כי כל אדם -

לרבות כל נאשם - הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה.

4. מאידך גיסא עומד אינטרס הציבור בנוכחות הנאשם במשפטו. אינטרס זה הוא בעל היבטים שונים. חלקם של ההיבטים קשורים בניהול התקין של הדיון, וביכולתו לחשוף את האמת. הנחת המוצא היא, כי במהלך הדברים הרגיל נאשם נוכח במשפט שכן נוכחות זו דרושה לשם ניהול תקין של המשפט. כך הוא הדבר, למשל, אם נוכחות הנאשם נדרשת לשם חקירתו, זיהויו או התרשמות מאישיותו ומתגובותיו. היבטים אחרים קשורים ביעילות הדיון. נאשם נוכח עשוי להסכים לוותר על היבטים דינמיים שונים ובכך לקצר את ההליך עצמו. היבט אחר קשור בצדדים שלישיים, כגון נאשמים אחרים, עדים וקורבנות המעשים הפליליים המיוחסים לנאשם. היבט חשוב הוא מראית פני הצדק ואמון הציבור בהגינות ההליך הפלילי. כאשר נאשם נעדר ממשפטו, עשוי להיווצר הרושם - גם אם הוא מוטעה לגופו - שההליך מתנהל בלא שניתנת לנאשם האפשרות להיות נוכח. כן עשוי להתעורר הרושם כי הנאשם מזלזל בבית המשפט ובהליך שהוא נתון בו. אכן, מטרת ההליך הפלילי הינה חשיפת האמת וקביעת חפות או אשמה (ראה [ע"פ 639/79](#), 656 אפלו ואח' נ' מדינת ישראל [11], בעמ' 575). לשם הגשמתה של מטרה זו יש להבטיח אמון הציבור בהגינות ההליך לנאשם, ובעשיית צדק לפרט ולכלל (ראה *Martin, rising expectations slippery slope or new The constitutionalization of criminal trials in canada? Horizon* (1996, ed. By j. cameron) the charters impact on the criminal justice system, 89, 88. מותר אפוא לשקול - בגדר האינטרס הציבורי - לא רק שיקולים הקשורים בחשיפת האמת, אלא גם שיקולים ציבוריים נוספים, הקשורים בטיבו של ההליך הפלילי ובאמון הציבור בו. בטיעון לפנינו התעוררה השאלה, אם עצם הרצון שהנאשם יישב על ספסל הנאשמים ולא ינהג כתמול שלשום, הוא שיקול ראוי בגדרי האינטרס הציבורי. לדעתי, שיקול זה, כשלעצמו, אינו שיקול ציבורי ראוי. אין לציבור עניין בהושבתו "הפיזית" של נאשם על ספסל הנאשמים, אלא אם כן הדבר משרת אינטרס ציבורי אחר. בחברה דמוקרטית, הרגישה לזכויות אדם, גם האינטרס הציבורי משקף התחשבות זו. [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) מדגיש את החשיבות של ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, וזאת הן לעניין היקפן של זכויות האדם והן לעניין אפשרות הפגיעה בהן. אכן, "הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף" (דבריי [בע"א 6821/93](#), רע"א [1908/94](#), 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח' [12]). האינטרס הציבורי המאפשר פגיעה בזכות אדם הוא אינטרס ציבורי המכוון לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. על-כן, אם נאשם מבקש להיעדר מאולם בית המשפט, אין להביא את עצם הרצון שיישב על ספסל הנאשמים ולא יתהלך ברחובות העיר כתמול שלשום, במניין השיקולים הראויים של האינטרס הציבורי בנוכחות הנאשם במשפטו. ההליך הפלילי הדיוני מכוון לחשוף את האמת. הוא אינו מכוון להתעמר בנאשם.

פ"ד נ(2) 769

5. בין שיקולים מתחרים אלה על השופט לאזן. נקודת המוצא שלו היא שנאשם נוכח במשפטו. אי-נוכחות הנאשם במשפטו היא תולדה של החלטה משפטית בעקבות בקשה של הנאשם. לשם כך נדרשת החלטה ברורה של הנאשם, פרי בחירה חופשית ומודעת שלו (ראה [16] Johnson v. Zerbst (1938) משנקבע רצונו של הנאשם, יש לאזן בין השיקולים הנוגדים. איזון זה משתנה, כמובן, ממקרה למקרה. לא הרי נאשם המבקש להיעדר שכן רצונו לנוח בבוקר בביתו כהרי נאשם המבקש להיעדר מטעמי בריאות; לא הרי היעדרות הגוררת אחריה דחיה בניהול המשפט כהרי היעדרות שאינה משפיעה על הניהול התקין של המשפט; לא הרי נאשם מיוצג המבקש להיעדר ממשפטו כהרי נאשם שאינו מיוצג; לא הרי נאשם יחיד המבקש להיעדר ממשפטו כהרי אחד ממספר נאשמים המבקש לעשות כן; לא הרי נאשם שהועמד לדין בגין אשמה חמורה כהרי נאשם העומד לדין בגין אשמה שאינה מורה; לא הרי נאשם המבקש להיעדר לעתים תכופות כהרי נאשם המבקש להיעדר לעתים נדירות; לא הרי נאשם העשוי בנוכחותו לסייע לפרקליטו כהרי נאשם שנוכחותו לא תביא תועלת של ממש להגנת פרקליטו עליו; לא הרי משפט, אשר לשם קיומו ההוגן יש צורך שעדים שונים יעידו בפני הנאשם ובנוכחותו באופן שניתן לעמוד על תגובת העדים והנאשם, כהרי משפט שבו ניתן לוותר על "קונפונטציה" זו; לא הרי משפט שבו ההליכים ארוכים ונמשכים חודשים רבים, כהרי משפט שההליך בו הוא קצר. בעריכת האיזון בין הערכים המתחרים יש לנהוג במידה הראויה. אין לפגוע בחירותו של הנאשם מעבר למידה הדרושה. זהו עקרון המידתיות (יחסיות) הנוהג במשפט הציבורי (ראה בג"צ 3477/95 בן-עטיה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט [13]). בשל המורכבות של הנושא וריבוי הגורמים שיש לקחתם בחשבון, אין זה רצוי לקבוע כללים נוקשים בעניין זה. אפנה אפוא למקרה שלפנינו.

6. בבסיס רצונם של העותרים להשתחרר מנוכחותם במשפטם עומד הרצון למנוע התמוטטות עסקיהם. זהו אינטרס ראוי להגנה. בהיותו קשור בחופש העיסוק הוא בעל משקל ניכר. זאת ועוד: המשפט מתנהל כנגד מספר נאשמים, ולעתים קרובות עדות המושמעת היא רלוואנטית לנאשם חד ואינה רלוואנטית לנאשם אחר. במשפט המשווה זהו שיקול נכבד לטובת מתן רשות לנאשם להיעדר ממשפטו שעה שעניינם של נאשמים אחרים נדון (ראה ספרו הנ"ל של hampton בעמ' 179- המוזכר על-ידי חברתי, השופט דורנר, וכן (ed 1995) grossner, strafprozessordnung-meyer/kleinknecht. 14c, par. 231 art (munich, 42). לעומת זאת, קיימים שיקולים נוגדים כבדי משקל. נמסר לנו כי לאור אופיו של המשפט, יש חשיבות לכך שהעדויות יימסרו בנוכחות הנאשמים; כן נמסר לנו כי העותרים מתבקשים להיעדר תקופות ארוכות. על בית המשפט לשקול שיקולים אלה ואחרים ולאזן ביניהם. אילו סברתי כי בית המשפט אכן שקל את השיקולים שעמדתי עליהם ונמנע מלשקול את השיקולים שאינם ראויים לשקילה, הייתי נוטה שלא להתערב בשיקול-דעתו. אין כשופט הערכאה הראשונה החזק את פעימות המשפט והמודע לצורכי המשפט ההוגן המתנהל לפניו. לאור הראשונות של המקרה שלפנינו, הנני מסכים שיש להחזיר את העניין לערכאה הראשונה, על-מנת שתשקול בו מחדש לאור הנחיותינו. מטעם זה הנני סבור גם כי בנסיבות המיוחדות הללו ניתן

1996 פסקי-דין, כרך נ, חלק שני, תשנ"ו/תשנ"ז

784

פ"ד נ(2) 769

לאפשר הגשת עתירה כנגד החלטת הערכאה הראשונה, במסגרת הילכת [בג"צ 583/87](#) הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים ואח' [14].

7. בנייתו הערכים המתנגשים נזקקתי - בדומה לחברתי, השופט דורנר -

לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עשיתי כן, משום שעם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נוצרה מציאות נורמטיבית חדשה. מציאות זו קובעת את פירושם ותוקפם של החוקים החדשים. מציאות זו משפיעה על פרשנותם של החוקים הישנים. עמדתי על כך בדנ"פ [2316/95](#) [10], בצייני, בעמ' 653:

"...עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד".

אכן, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). חובת הכיבוד מוטלת גם על הרשות השופטת. היא משפיעה על שיקול הדעת השיפוטי. בכל הנוגע לדין הישן, חובת כיבוד זו אינה מכוונת כלפי תוקף הדין הישן. עם זאת, היא מכוונת כלפי פירוש הדין הישן (להבחנה בין שני אלה, ראה פסק-דין בבש"פ [537/95](#) [9]). אכן, חשיבותם של חוקי היסוד היא בעיקר לעניין קביעת חוקתיות החוק "הרגיל". אך אין זו חשיבותם היחידה. לחוקי היסוד החדשים חשיבות רבה בכל אתר ואתר. רבה חשיבותם בפירוש החוקים "הרגילים" - בין אלה שנחקקו לפני חוקי היסוד ובין אלה שנחקקו אחריהם. מכוחם של חוקי היסוד התרחשה קונסטרוקציונליזציה של המשפט הישראלי. תופעה זו משפיעה הן על תוקף החקיקה והן על מובנה. כשלעצמי, מעריך אני כי ההשפעה על פירוש החקיקה תהיה מקיפה יותר מאשר ההשפעה על תוקף החקיקה, שהרי כל חוק דורש פרשנות, ורק חוקים מעטים ייבחנו באשר לתוקפם. אכן, חוקה קובעת מסגרת חיים של המדינה. היא קובעת את אורחותיה. היא משפיעה על התרבות המשפטית, החברתית והפוליטית. על-כן השלכותיה אינן רק לעניין חוקתיות החוק. לחוקי היסוד השלכות לפרשנות כל חוק. הם המוצא לתהליך הפרשני. אמת, לעתים הפירוש המתקבל זהה לפירוש שהיה מתקבל גם לולא כונו חוקי היסוד. אין בכך כדי לייתר את ההיזקקות להם. יש בכך אך כדי להצביע כי בסוגיה נושא הדיון לא חל שינוי בדין.

8. השפעה זו של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מורגשת במיוחד במשפט הפלילי (הדיוני והמהותי). עמדתי

על כך באחת הפרשות בצייני:

פ"ד נ(2) 769

"במיוחד רגיש המשפט הפלילי - המהותי והדיוני - לשינויים בזכויות האדם בישראל. המשפט הפלילי עניינו חירות הנאשם מזה ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה. אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי" (בש"פ 537/95 [9] הנ"ל, בעמ' 421).

ובהתייחסי למשפט הפלילי הדיוני הוספתי:

"הליך זה קשור קשר כה אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על סדר הדין הפלילי" (שם).

זהו גם ניסיון של מדינות אחרות, שבהן הונהגו זכויות אדם חוקתיות (ראה מרטין, במאמרו הנ"ל, בעמ' 88). עם הפיכתן של זכויות האדם ההילכתיות לזכויות אדם חוקתיות, נוצר שיח ציבורי חדש. נוצרות ציפיות חברתיות חדשות. כבוד האדם וחירותו הופכים לערכים מרכזיים שהתודעה המשפטית נזקקת להם. חשיבותם היחסית מקבלת עומק נוסף ומשקל גובר. התודעה המשפטית מקבלת מד חדש ויצירתיות חדשה. אמת, לעתים קרובות ניתן היה להגיע לאותן טענות ולאותם פתרונות גם בעבר. אך הלכה למעשה הם התפתחו רק עתה. זו מהותן של התרבות האנושית ושל ההיסטוריה האינטלקטואלית. נדבך נבנה על נדבך. רעיון רודף רעיון. אין חוזרים אחורה. אין אפשרות לחזור אחורה. שוב איננו יכולים, גם אם נרצה, להיכנס לנעליו של עולם נורמאטיבי שאינו קיים. עולמנו הרוחני השתנה, ועמו השתנו הציפיות, האפשרויות והרעיונות. עם השינוי עולות בעיות שטרם התעוררו בעבר. נשאלות שאלות שטרם נשאלו בעבר. אמת הדבר, לעתים קרובות מועלות טענות הקשורות בחוק היסוד בלא כל בסיס משפטי לכך. אף שיש להצטער על כך, זוהי תופעה שניתן להבינה. חוק היסוד הוא חדש. הקהילייה המשפטית טרם עיכלה אותו במלואו. בעיות רבות ועקרונות נשארו פתוחות ודורשות הכרעה שיפוטית. קיים חוסר ודאות המזין טענות שאין להן כל בסיס. תופעה דומה התרחשה עם חקיקתו של [חוק החוזים](#) (חלק כללי), תשל"ג-1973. זוכר אני כי לעתים מזומנות היו עורכי הדין טוענים כי הצד שכנגד פועל שלא בתום-לב, ועל-כן משוחררים הם מעולו של החוזה. היו שסברו אז שהתשתית של כל דיני החוזים תיעלם; שהביטחון המשפטי ייפגע; שהחוזה מת החזון האפוקליפטי הזה לא התרחש. דיני החוזים עומדים על מכונם. יש להניח כי תופעה דומה תתרחש גם בעניין חוקי היסוד החדשים בדבר זכויות האדם. מעמדם ופועלם יפעפע לתודעה המשפטית. גבולותיהם יוצבו. תחום פריסתם ייקבע, באופן שיישאר רק תחומי ביניים "אפורים", אשר יחייבו הכרעה שיפוטית. מאלה אין מנוס. גם אחרי מאתיים שנות חוקה אמריקנית עדיין קיימים תחומים עמומים וחסרי בהירות. עם זאת, לא בכל עניין מועלית שם טענה חוקתית. יש להניח כי עם הזמן יתבהר מהו היקפו של "כבוד האדם", ומה טבעה של "חירות", ומתי ניתן להגביל זכויות אדם אלה ואחרות. הטענות חסרות היסוד בעניינם של חוקי היסוד יתמעטו. הטענות יהיו ממוקדים יותר ויותר. ועד אז אין לנו מנוס

1996 פסקי-דין, כרך נ, חלק שני, תשנ"ו/תשנ"ז

786

פ"ד נ(2) 769

מלשמוע טענות רבות בעניין חוקי היסוד שאין להן יסוד. בצדק מציין חברי, השופט חשין, כי קיים חשש לשחיקת "חוקי היסוד". על משמר חשש זה עלינו לעמוד. אנו מצויים עתה בתקופת מעבר לא קלה. הניסיון המשפטי שלנו וניסיון של מדינות רבות מלמדים, כי ניתן להתגבר על חשש השחיקה וכי בפועל אכן מתגברים על כך. השימוש המיותר בערכים החוקתיים אינו מחליש אותם, אלא ממקד אותם. עם חלוף תקופת המעבר מתייצב השימוש בערכי אלה, ומתעוררות הבעיות האמיתיות והקשות אשר מהן אין מנוס, ולהן אין פתרון ידוע מראש.

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, ח' בתמוז תשנ"ו (25.6.96).

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)