

## ההליך הוא הביוש: השיימינג של הפרוצדורה הפלילית

### אסף הרדוף\*

סיומו של המשפט הפלילי הטיפוסי הינו מרשיע, מעניש, כואב ומביש. הנאשם מוקע כאשם, כעברייך, ולא אחת גם כשקרן. העובר עברה בסתר מקבל את עונשו בגלוי. ביוש זה הינו ממוסד, מכוון, ובמידה רבה מוצהר, באשר המשפט הפלילי מבקש לגנות ולהרתיע, לשלוח מסר ציבורי שיהדהד ויצמצם את הסיכוי לפשיעה עתידית. לצד הביוש הממוסד והגלוי של מי שהוקע כאשם בסיום ההליך קיימים ביטויים לא מעטים של ביוש ממוסד בשלבים מוקדמים יותר של ההליך. המאמר בוחן מתי וכיצד הדין הפלילי מבייש את הפרט, לצורך או לא לצורך, ואם ניתן גם אחרת.

לצורך המאמר ביוש נתפס כפעולה משפילה הנעשית מטעם המדינה או בחסותה באופן מכוון או צפוי. פעולות אלה נעשות לעיתים על ידי המשטרה, לעיתים על ידי התביעה, לעיתים על ידי הסנגוריה ולעיתים על ידי בית המשפט. חלקן מיועדות להשיג מטרות ראויות, וחלקן לא. לעיתים ההליך אינו רק עונש, אלא גם ביוש. הביוש הוא מנת חלקם לא רק של אשמים, אלא גם של חפים; הוא מנת חלקם לא רק של מורשעים, אלא גם של נאשמים, חשודים, ולעיתים גם של מתלוננים ועדים. החשוד בעברה בסתר, ולעיתים אף המתלונן על עברה, מבווישים בגלוי.

המאמר נוגע בשלושה צמתים מרכזיים בהליך הפלילי המביישים את הפרט: ביוש כאחת ממטרותיהם של דיני העונשין; ביוש כתוצר לוואי של אמצעי חקירה ואכיפה; וביוש הנוצר מפומביות הדיון. הצומת הראשון לעיל מגיע בסיום המשפט במצבי הרשעה, כאשר המשפט הפלילי המהותי מכוון לגינוי ולהרתעה ומבייש לשם כך את המורשע. הצומת השני, הסמוי והמעניין יותר, הוא של הדין הדיוני, ועניינו מגוון הליכים פליליים שכוללים רכיבי ביוש – חלקם מכוונים וחלקם לא; חלקם עוסקים בחשודים, חלקם בנאשמים, וחלקם אפילו במזוכים, במתלוננים ובעדים. הצומת השלישי

---

\* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת. המאמר מוקדש למורתי לשעבר אורית קמיר, אבירת הכבוד של ישראל, בהערכה גדולה לפועלה. תודה רבה לקורא החיצוני ולמערכת משפט ועסקים על הערות מצוינות, וכן לעורך הלשוני על תרומתו להשבחת המאמר. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

קשור לגורם מגביר בושה ומחולל בושה גדול בהליך הפלילי – פומביות הדיון. המאמר יעסוק בצומת זה תוך דיון ביקורתי בשיקולים שבבסיסו של עקרון הפומביות.

המאמר גורס כי בעולם שבו הביוש נהפך לתופעה פופולרית ונפוצה, המשפט אינו צריך להניף את לפיד ההשפלה ולמלאו חומרי תבערה. הוא אינו צריך למהר לנופף בלפיד הביוש, ובוודאי לא להשתמש בו כבררת מחדל שאין מהרהרים אחריה כמעט. המאמר מציע לחשוב מחדש על הביוש במשפט הפלילי, תוך התבוננות על הרע שהוא מקדם, ולא רק על הטוב.

מבוא

פרק א: ביוש כמטרה מוצהרת של דיני העונשין

1. מבוא
  2. מטרתיהם של דיני העונשין
  3. הרשעה, ענישה, גינוי והשפלה
  4. ביוש פלילי במבחן התכלית והמידתיות
- פרק ב: ביוש דיוני – השפלה כתוצר לוואי של אמצעי חקירה ואכיפה
1. מבוא
  2. חיפושים
  3. מעצרים
  4. החקירה המשטרתית והחקירה בבית המשפט
  5. ניסוח האישום וההקראה
  6. הכרעת הדין – זיכוי מביש
  7. ביוש דיוני במבחן התכלית והמידתיות

פרק ג: ביוש פומבי – פומביות ההליך נ' כבוד הפרט

1. מבוא
2. עקרון פומביות הדיון
3. רציונלים בעד עקרון הפומביות
4. רציונלים נגד עקרון הפומביות
5. חשוד, נאשם, מורשע – פילוח הליכי של הרציונלים וביקורת ראשונית עליהם
6. הבלתי־מבווישים – אפשר גם אחרת? הליכים פליליים לא פומביים
7. פומביות פלילית – סיכום וכיוון להמשך

סיכום

## מבוא

מקובל לחלק את המשפט הפלילי לשלושה ענפים: מהות, הליך והוכחות. דיני העונשין מטפלים בראשון; דיני הפרוצדורה – בשני; ודיני הראיות – בשלישי. מבין שלושת הענפים, דומה שדיני העונשין זוכים בתשומת הלב האקדמית הרבה ביותר, בעיקר בנוגע לחלק המקדמי והעקרוני של חוק העונשין.<sup>1</sup> דיני הראיות זוכים בהקשר הפלילי בתשומת לב תקשורתית וציבורית ניכרת, לפחות לגבי רבדים שונים שלהם, כגון הספק הסביר.<sup>2</sup> בישראל, לא בצדק, דיני הפרוצדורה אינם זוכים בתשומת לב מרובה – לא מהאקדמיה, לא מהתקשורת ולא מהציבור. אף שניתן לתופסם כטכניים וכשוליים לעומת שני הענפים האחרים, סבורני שדינים אלה הם המשפיעים והחשובים ביותר בהליך הפלילי.<sup>3</sup> השפעתם העצומה על מערכת המשפט, על הציבור ועל פרטים סמויה לעיתים מהעין הציבורית, ואולי לכן גם אינה נדונה. גם כאשר היא גלויה, היא מוכרת עד כדי כך שהיא נהפכה לשקופה, ולכן אינה נדונה באופן ציבורי ביקורתית.

הרבה לפני שהדין המהותי פועל נגד פרטים וזכויותיהם במסגרת הרשתתם וגזירת דינם, הדין הדיוני מסמיך פעולות פוגעניות מצד גופים חזקים ביותר. למעט הזכות לחיים, שהדין הדיוני הפלילי אינו מסמיך במפורש פגיעה בה,<sup>4</sup> כל זכות יסוד אחרת מצויה במתקפה מוסמכת מטעם רשויות האכיפה: הזכות לשלמות הגוף נפגעת, למשל, על ידי הסמכת המשטרה להפעיל כוח בעת ביצוע חיפוש ומעצר;<sup>5</sup> חירות התנועה נפגעת, למשל, ממעצר, מעיכוב ומחלופות מעצר מגוונות, כעולה מחוק המעצרים; הזכות לקניין נפגעת, למשל, מתפיסה, ובהמשך לה לעיתים מחילוט, אף אם לא הושגה הרשעה;<sup>6</sup> והזכות לפרטיות נפגעת, למשל, מהאזנות סתר.<sup>7</sup> מה באשר לזכות לכבוד?

1 Douglas Husak, *Crimes Outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 767 (2004)

2 ראו להלן ה"ש 173.

3 Erik Luna, *Transparent Policing*, 85 IOWA L. REV. 1107, 1108, 1132 (2000); William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 506–507, 598–599 (2001); Douglas Husak, *Is the Criminal Law Important?*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 261, 266 (2003); ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 7–8 (5th ed. 2006)

4 ע"פ 486/88 **אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מד(2) 353 (1990); חאלד גנאים, דורון מנשה ומרדכי קרמניצר "גבולות השימוש בכוח קטלני בעת מעצר" **מחקרי משפט** כה 703, 710–706 (2009).

5 ס' 10 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים); ס' 3, 10 ו-11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש); דורון מנשה "על היעדר הסמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי" **משפט וממשל** ו 619, 620–621, 625–626 (2003).

6 ס' 36 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973.

7 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

מתי הפרט מבויש בחסות הדין הפלילי? שאלת המאמר היא מתי, כיצד ומדוע הדין הפלילי מבייש את הפרט, ואם ניתן גם אחרת.

לצורך המאמר אתפוס ביוש כפעולה משפילה הנעשית מטעם המדינה או בחסותה באופן מכוון או צפוי, בין באמצעות ביטוי ובין באמצעות כפייה פיזית. כלומר, אדון הן במצבים שבהם המדינה מבקשת להשפיל את הפרט מסיבות ראויות בעיניה והן במצבים שבהם היא כופה עליו מציאות משפילה. בכך אתחבר, מצד אחד, לתפיסה רחבה של כבוד הפרט ולהגנתו מפני פגיעות בכל רבדיו המגוונים – כבוד סגולי, כבוד מחיה, הילת כבוד והדרת כבוד;<sup>8</sup> ומצד אחר, לאחריות המדינה לפגיעה בפרט כאשר היא מובילה לתוצאה קשה, אף אם יש לה מטרות אחרות, וזאת ברוח הלכת הצפויה המוכרת בדיני העונשין, שלפיה מי שצפה תוצאה קשה למעשיו מוחזק כמי שרצה בתוצאה זו.<sup>9</sup> אדון הן בביוש באמצעות ביטוי, בדרך של העברת מסרים וחשיפת מידע המשפילים את הפרט,<sup>10</sup> והן בביוש באמצעות כפייה פיזית על הפרט במשפט הפלילי.

יודגש כי תפיסתי הרחבה בדבר הביוש אין פירושה שלילה הכרחית של פרקטיקות מדינתיות מביישות. כעולה בבירור מגיליון זה, הביוש אינו תופעה שלילית חד-ערכית. ניתן לתופסו כמוצדק וראוי או למצער כנסבל והכרחי. כך או כך, ראוי להכיר בו, ולצמצמו באותם מקרים שבהם אפשר ומוצדק לעשות כן.

המאמר ייגע בשלושה צמתים מרכזיים בהליך הפלילי המביישים את הפרט: ביוש כאחת ממטרותיהם של דיני העונשין; ביוש כתוצר לוואי של אמצעי חקירה ואכיפה; וביוש הנוצר מפומביות הדיון. גוף המאמר יפתח בפרק א בהתייחסות לביוש הפלילי המוכר והמוצהר המגיע בסיום המשפט במצבי הרשעה, כאשר המשפט הפלילי המהותי מכוון לגינוי ולהרתעה ומבייש לשם כך את המורשע. מהביוש המוצהר אתקדם בפרק ב אל הביוש הסמוי והמעניין יותר – לא של הדין המהותי, אלא של הדין הדינוני: ההליך הוא הביוש.<sup>11</sup> אסקור בקצרה ובאופן לא ממצה מגוון הליכים פליליים שכוללים רכיבי ביוש – חלקם מכוונים וחלקם לא; חלקם עוסקים בחשודים, חלקם בנאשמים, וחלקם אפילו במזוכים, במתלוננים ובעדים. בפרק ג אעסוק בגורם מגביר בוושה ומחולל בוושה גדול בהליך הפלילי – פומביות הדיון. אציג את הדין בסוגיה, את הרציונלים המקובלים

8 ראו, למשל, אורית קמיר **שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם** (2004); אורית קמיר "זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות אדם ועיגוןן בחוק היסוד" **עלי משפט** יג 37, 41–62 (2016); אורית קמיר "ביוש: פגיעה בכבוד, סוגים וטיפוסים, שיקולי מדיניות ודיון בהטרדה מינית" בכרך זה.

9 ע"פ 172/88 **ועוננו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3) 265, פס' 18–27 (1990).

10 כהאן ופוזנר תיארו רכיבים בביוש: (1) חשיפת מידע על אודות פעולותיו של המבוש; (2) ביטוי התנגדות מוסרית לפעולות שנחשפו; (3) מודעות של המבוש לחשיפה; (4) תפיסות שליליות של קהל היעד בנוגע לפעולותיו של המבוש. Dan M. Kahan & Eric A. Posner, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, 42 J.L. & ECON. 365, 368–369 (1999).

11 פרפרזה על הספר המפורסם **ההליך הוא העונש**: MALCOLM M. FEELEY, *THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT* 199 (1979).

התומכים בעקרון הפומביות, וכן רציונלים חזקים נגד עקרון הפומביות. אנסה לפלח את הרציונלים שבבסיס העיקרון ולהראות מתי הם אינם חלים, אבחן אם ניתן לחשוב על חלופות להשגתם, ואציג בקצרה קווי מחשבה בדבר שינוי הדין. בסיכום אסכם ואגרוס כי באמצעות צמצום הפגיעה בכבוד האדם ניתן לקיים דין פלילי יעיל שיהיה גם ראוי ומאוזן יותר מבחינה ערכית, דין שיכבד יותר את הפרט ויימנע מפגיעות מיותרות בזכויותיו.

## פרק א: ביוש כמטרה מוצהרת של דיני העונשין

### 1. מבוא

אף שביוש מעורר לעיתים קרובות הקשרים חברתיים שליליים, בוודאי כאשר הוא מכונה "שיימינג", אין מדובר בתופעה חד-ערכית. יש גם פן חברתי חיובי לביוש, הקשור לאישוש ערכים ונורמות בחברה, ליציאה נגד תופעות פוגעניות, לסירוב להשלים עם המציאות ולקריאה לשינוי. רעיון זה אינו ייחודי לחברה, והוא עולה גם במשפט עצמו, לרבות – ואולי בעיקר – במשפט הפלילי. בפרק זה אטעים תחילה כי הביוש הפלילי אינו נתפס בהכרח כתוצר לוואי או אפילו כתוצר שלילי, אלא מהווה יעד מוכר של המדינה. בהמשך אבחן אם מדובר ביעד צודק, ואם הדרך להשגתו מידתית.

### 2. מטרתיהם של דיני העונשין

דיני העונשין הם תחילת המשפט הפלילי וסיומו. הם ראשית המשפט הפלילי בהציבם את יעדיו, הקובעים היכן תהיה האכיפה ואיזו פרוצדורה תינקט לשם כך – פרוצדורה שתוליד בתורה גם שאלות בענף דיני הראיות. הם עושים זאת באמצעות הפללה, קרי, הכרזת סוגים מסוימים של הוויות חברתיות כעברות פליליות.<sup>12</sup> דיני העונשין הם גם סיום המשפט הפלילי, לאחר שפע ראיות שמגיעות לאחר שפע של פרוצדורה. בעוד הקביעה שהנאשם ביצע את המיוחס לו היא ראייתית, ההכרעה שהעובדות שנקבעו מגבשות את יסודות העברה שייכת לדיני העונשין, וכמוה, כמובן, גזירת דינו. ההרשעה וגזירת הדין מבטאות את התוצר בסיומה של דרך פלילית ארוכה. בשלב זה המשפט הפלילי פועל בכמה אופנים, אשר קשורים בעיקר לענישה, ולעיתים אף מכוונים "מטרות הענישה".<sup>13</sup> הרשעת אדם ושליחתו לכלא מגלמות שיטת פעולה של שלילת

12 על ההפללה ראו JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION (1994); DOUGLAS ראו HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (2008); יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד (2001); אסף הרדוף הפשע המקוון פרק 1 (2010).

13 דיון מקיף שנערך לאחרונה במטרות הפיצויים העונשיים האיר יפה גם את מטרות הענישה בכללותה.

יכולת (incapacitation) – מניעה התנהגותית.<sup>14</sup> מאסר הוא כמובן סנקציה פוגענית מאוד, שכרוכה לא רק באובדן החירות והפרטיות, אלא גם בפגיעה קשה בכבודו של הפרט. הפרט אינו עוד אדון לעצמו, אלא הוא מפוקח מאחורי סורג וברית, חי לפי לוח זמנים שאין לו השפעה גדולה עליו, אינו נהנה אלא מאוטונומיה מוגבלת ביותר, ומוכפף למרותם של אחרים. הפגיעה מחריפה מאוד כאשר מביאים בחשבון לא רק את עצם הכליאה, אלא גם את תנאי הכליאה הקשים בישראל, כגון שטח מחיה קטנטן, צפיפות גדולה, אוורור ירוד, גהות ותברואה ירודים, זמינות נמוכה של טיפול סוציאלי ורפואי ומחסור במסגרות שיקום, תעסוקה, חינוך ופנאי.<sup>15</sup> לכל אלה מתלווה כמובן אות קלון חברתי קשה הטבוע בכלוא גם לאחר שחרורו, כפי שיודגש בהמשך.

להבדיל משלילת היכולת, שהיא מגבלה שאינה מחייבת שיתוף פעולה מצד הפרט, לפחות בנוגע לכליאה, הרתעה היא מגבלה סובייקטיבית. ברובד הכללי, האיום בעונש יוצר מודעות בציבור שמי שמבצע מעשים מסוימים יענש אם יתפס.<sup>16</sup> ברובד האישי, העבריין שסיים לשאת את עונשו אמור לזכור את חוויית הענישה כתגובה החברתית על העברה שעבר, ולפיכך לבכר להימנע מעברה נוספת; מאסר מותנה מבטיח לו ענישה, ומבקש לשכנעו בכך להימנע מלפשוט שוב. הדין הפלילי, ככל שהוא מכוון לציבור בלתי מסוים, פועל בעיקר באמצעות עיצוב בחירה.<sup>17</sup> הוא אינו מאיין את האפשרות הבלתי-רצויה, אלא מבקש להקטין את מידת משיכתה ולהשפיע על העדפות הציבור.<sup>18</sup> שיטת

ראו ע"א 2144/13 עובדון מנטיין נ' הרשות הפלסטינאית, פס' 108–119 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם באר"ש, 6.12.2017).

JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 167 (reprinted 1975); HERBERT L. PACKER, 14 THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 48 (1968).

15 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' לט–מד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 13.6.2017); משרד המשפטים **תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנת 2016** 6–9 (2017) (להלן: **דוח הסנגוריה הציבורית 2016**); משרד המשפטים **הסנגוריה הציבורית: דוח פעילות – 2017** 100–101 (2018) (להלן: **דוח הסנגוריה הציבורית 2017**).

16 BENTHAM, לעיל ה"ש 14, בעמ' 167; Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 401, 412 (1958); Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193, 1214 (1985); JACK P. GIBBS, CRIME, PUNISHMENT, AND DETERRENCE 68 (1975). השוו עניין **עובדון מנטיין**, לעיל ה"ש 13, פס' 115–118 לפסק דינו של השופט סולברג.

17 משפט פלילי אמור להשפיע על הבחירות שהנתינים עורכים. ראו A.P. Simester & A.T.H. Smith, *Criminalization and the Role of Theory*, in HARM AND CULPABILITY 1, 4 (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996). לא אכנס לשאלות של דטרמיניזם על המשמעות של חירות הבחירה בהקשר הפלילי. על כך ראו Richard C. Boldt, *The Construction of Responsibility in the Criminal Law*, 140 U. PA. L. REV. 2245, 2254–2256 (1992).

18 Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35, 66 (2002); Michael Ashley Stein, *An Initial Expressive Law Analysis of the ADA*, 90 VA. L. REV. 1151, 1173 (2004).

פעולה נוספת היא שיקום: שינוי אישיותו של העבריין כך שיתאים את התנהגותו לחוק. גם ענישה כגמול הולם, שניתנת לתפיסה כענישה שאינה מתקשרת להשלכות, <sup>19</sup> עשויה להתקשר בכל זאת להשלכות ולהיחזות כשיטת פעולה שתכליתה למנוע ענישה פרטית. ללא תגובה עונשית הולמת מצד המשפט גובר הסיכוי לתגובה עונשית פרטית, בעיקר מצד קורבנות העברה או בני משפחותיהם. כך, אם לא תהא ענישה משפטית הולמת של רוצח, עלולה להתרחש ענישה פרטית בצורת רצח נוסף או נזק אחר. <sup>20</sup> גמול משפטי עשוי להעיד על סדר חברתי קיים, ולהקים תמריץ לא לסטות ממנו. <sup>21</sup> דרך פעולה נוספת של הדין הפלילי, אשר חשובה מאוד למאמר, היא גינוי. היו שגרסו כי מה שמבדיל בסופו של דבר בין הפלילי לאזרחי הוא הגינוי הקהילתי. <sup>22</sup> לפי קו זה, רק הדין הפלילי מגנה התנהגות מסוימת ומייחס רוע למצבים מנטליים שונים: החברה מוכנה להעניש רק אנשים שהפיגו רוע כזה, ולפיכך נדרש התפקיד האקספרסיבי של החוק הפלילי. <sup>23</sup> כלומר, החוק הפלילי מכריז על עוול ציבורי. <sup>24</sup> החוק עשוי למלא תפקיד חשוב בגינוי התנהגות בלתי רצויה ובחיזוק ערכים רצויים, <sup>25</sup> בשליחת מסר חברתי. <sup>26</sup> לפי התיאוריה האקספרסיבית של החוק, הגינוי מתקשר לחקיקה עצמה, בלי קשר לאכיפה. <sup>27</sup> אולם "בהינתן אכיפה, בהליך עצמו, הגינוי קשור גם להרשעה, ולא

- 19 עקרון התגמול אינו מתמקד בהשלכה של העונש. GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 414–415 (1978).
- 20 לפי קו זה, העונש מספק לקורבן פורקן, סגירת מעגל. DANIEL W. SHUMAN & ALEXANDER MCCALL SMITH, JUSTICE AND THE PROSECUTION OF OLD CRIMES: BALANCING LEGAL, PSYCHOLOGICAL, AND MORAL CONCERNS 101 (2000). ניתן לראות את סבלו של העבריין כמנגנון השוואה לסבל של קורבנו, ואת הענישה כדרך לסייע לקורבן: ביטוי של סולידריות והשבת תחושת השוויון שהפשע גזל ממנו. GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 37–38 (1998).
- 21 השוו עניין עובון מנטין, לעיל ה"ש 13, פס' 109–111 לפסק דינו של השופט סולברג. לעומת זאת ראו Hugo Adam Bedau, *Feinberg's Liberal Theory of Punishment*, 5 BUFF. CRIM. L. REV. 103, 128 (2001).
- 22 Hart, לעיל ה"ש 16, בעמ' 404–405.
- 23 ראו Michael C. Harper, *Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B.U. L. REV. 23, 24–26 (1996).
- 24 ראו R.A. Duff, *Rule-Violations and Wrongdoings*, in CRIMINAL LAW THEORY: DOCTRINES OF THE GENERAL PART 47, 53, 74 (Stephen Shute & A.P. Simester eds., 2002).
- 25 ביל גרסה כי לכל חקיקה עשוי להיות אפקט סמלי מסוים, אך לצד זאת תהתה מדוע לא להשתמש בחלופות. Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U. L. REV. 1227, 1255, 1265 (2000).
- 26 השוו עניין עובון מנטין, לעיל ה"ש 13, פס' 112–114 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 27 Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338, 391, 397–407 (1997); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 358–359, 373 (2000); Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 537–538 (2000).

רק לעונש. ניתן לטעון כי פסק הדין המאשים, ולא הענישה, הוא הכלי המקובל לביטוי פומבי של גינוי מוסרי של עבריינים בגין העוול שביצעו. פסק הדין מבטא את גינוי העברה, ואילו העונש יוצר את האזהרה ואת ההשלכה האופיינית של אותו גינוי.<sup>28</sup> שיטות הענישה עוררו ביקורות חריפות. נכתב כי הן מתנגשות לעיתים זו בזו.<sup>29</sup> שלילת היכולת לזמן קצוב בוקרה בגין הקושי לחזות את העתיד, בהינתן שמי שמבצע פשע עלול לבצעו שוב או לבצע פשעים אחרים;<sup>30</sup> השיקום בוקר כלא אמין;<sup>31</sup> וגם על רעיון ההרתעה נמתחה ביקורת חריפה, אם בשל חולשתו לגבי מי שאין לו הרבה להפסיד,<sup>32</sup> אם בשל האפשרות להחליף עברה אחת באחרת,<sup>33</sup> ואם בשל נימוקים סוציולוגיים מגוונים.<sup>34</sup> היה מי שתהה אם הדין הפלילי מסוגל בכלל לעצב העדפות, בהינתן שפשעים נתיקים רבים עודם נפוצים.<sup>35</sup>

### 3. הרשעה, ענישה, גינוי והשפלה

אף ששיטות הפעולה מעוררות ביקורת, ואף שניתן לחלוק על הישגיהן, קשה לחלוק על חלק מתוצריהן. הכליאה הינה לא רק בלתי נעימה, אלא גם משפילה מאוד מבחינת הכלוא, ואף מבחינת משפחתו וחבריו הבאים לבקרו. במצטבר לשיטות הפעולה האחרות, הגינוי שולח מסר חברתי חריף מאוד. במקרים שבהם הנאשם כפר במיוחס לו והורשע לאחר משפט הוכחות, ההרשעה משקפת אמירה נוספת, לעיתים מפורשת ולעיתים משתמעת, אך תמיד ברורה למדי: הנאשם שקרן, ואין לקבל את גרסתו. גם

- 28 Bedau, לעיל ה"ש 21, בעמ' 117 (התרגום שלי – א' ה').
- 29 James Boyd White, *Making Sense of What We Do: The Criminal Law as a System of Meaning*, in HERACLES' BOW: ESSAYS ON THE RHETORIC AND POETICS OF THE LAW 192, 196–199 (1985).
- 30 Packer, לעיל ה"ש 14, בעמ' 49, 53–269; Robinson & Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U. L. REV. 453, 462–466 (1997); HYMAN GROSS, A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE 35, 386 (1979); רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** כד 97, 102 (1994); רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" **מחקרי משפט** יג (1996) 234, 227.
- 31 Packer, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53–54; Robinson & Darley, לעיל ה"ש 30, בעמ' 456–462; GROSS, לעיל ה"ש 30, בעמ' 387–389; בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" **עלי משפט** ה 247, 257–258 (2006).
- 32 Packer, לעיל ה"ש 14, בעמ' 45, 48–49 (2006).
- 33 Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386, 2389–2392 (1997).
- 34 Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489–2490, 2496 (1997).
- 35 John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. REV. 193, 223 (1991).



במקרים שבהם הנאשם מודה במיוחס לו הוא צפוי להוקעה פומבית.<sup>36</sup> בהנחה שהעברה הנדונה משקפת קונסנזוס חברתי רחב ומגובה בנורמות חברתיות חזקות,<sup>37</sup> הרשעת אדם בה והטלת עונש כבד משדרות לציבור מסר משתמע שהנאשם הינו אדם מסוכן, מגונה ואף מרושע, שהרי השורש ר-ש-ע מרכיב את המילה "הרשעה".

כלומר, אם עברה משקפת "אני מאמין" משפטי חברתי,<sup>38</sup> אזי הקביעה שאדם ביצע עברה אינה עניין משפטי טכני הנוגע ביסודות העברה, אלא מסר רחב ועמוק על אנטי-חברתיות חמורה. מסר חריף זה אינו כל המשפט הפלילי המהותי, אך הוא בוודאי חלק חשוב בו. המסר הוא ביוש משפטי מכוון: ביוש הרשעתי וביוש ענישתי המכוונים כלפי האשם. אף שהחוק אינו עוסק במפורש בביוש, הביוש ההרשעתי והביוש הענישתי אינם מוסתרים על ידי המערכת, ואינם נתפסים או מוצגים כבעיה, אלא דווקא כפתרון. אף שהמערכת אינה מדברת על השפלת המורשע וביושו, אלא על גינויו והוקעתו, הפער בין אלה לאלה הוא במידה רבה עניין של מינוח: גינוי משפטי פומבי הוא למעשה ביוש חברתי ציבורי.<sup>39</sup>

לא למותר לציין שעונשי ביוש היו נהוגים בעבר בשיטות משפט שונות. הם כללו, לדוגמה, כבילה לעמוד קלון במקום ציבורי, הלקאה פומבית, צריכת אות קלון, נשיאת שלטי אשמה, ושיטות פעולה משפילות אחרות שביישו את הפרט לפני הקהילה. כל אלה נחלשו בעידן התעשייתי והוחלפו בשיטת הכליאה, המוכרת היטב,<sup>40</sup> אולם שרידיהן ניכרים גם כיום בשיטות משפט מודרניות.<sup>41</sup> מלומדים בולטים קראו לשימוש בעונשי ביוש כתחליף מאסר זול, יעיל ופוגעני פחות.<sup>42</sup> אחרים יצאו נגד עונשי הביוש.<sup>43</sup>

36 John B. Owens, *Have We No Shame?: Thoughts on Shaming, "White Collar" Criminals, and the Federal Sentencing Guidelines*, 49 AM. U. L. REV. 1047, 1053–1054 (2000).

37 Paul H. Robinson, *Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Thinks Is Just?: Coercive Versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1840, 1850 (2000); בעמ' 456–457.

38 גרשון גונטובניק "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדיונית: לעצור את פוטנציאל הסחף "חוקים ו 11, 24–25 (2014).

39 אין זה מצב תמידי. בעבר הייתה הגישה החברתית כלפי עבריינים סובלנית יותר וסטיגמטית פחות בחלקים שונים בעולם. NICOLA LACEY & CELIA WELLS, *RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW: TEXT AND MATERIALS* 229 (2nd ed. 1998); Mitchell Keiter, *Criminal Law Principles in California: Balancing a "Right to Be Forgotten" with a Right to Remember*, 13 CAL. LEGAL HIST. 421, 431–433, 439 (2018).

40 Lauren M. Goldman, *Trending Now: The Use of Social Media Websites in Public Shaming Punishments*, 52 AM. CRIM. L. REV. 415, 418–424 (2015).

41 Stephen P. Garvey, *Can Shaming Punishments Educate?*, 65 U. CHI. L. REV. 733, 743 (1998).

42 Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591, 631–650 (1996). כן ראו Goldman, לעיל ה"ש 40, בעמ' 431–428.

43 שם, בעמ' 437–432; Owens, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1058–1049; Garvey, לעיל ה"ש 41, בעמ' 733.

כמובן, גינוי שיפוטי אינו נחלתו הבלעדית של המשפט הפלילי. מצד אחד, גם המשפט האזרחי מגנה ומוקיע סוגי התנהגות כהפרת חוזה או אי־תשלום מזונות, וקובע כי בעלי דין ועדים דיברו שקר, ולעיתים אף עברו עברה פלילית.<sup>44</sup> מצד אחר, חלק מהמשפט הפלילי אינו כולל רכיב גינוי ממשי, משום שהוא עוסק בעברה שאינה טומנת בחובה תיוג חברתי שלילי. אולם כאשר המשפט הפלילי עוסק בעברות ליבה,<sup>45</sup> הרשעה וענישה באמצעותו נושאות משמעות חברתית, קהילתית ומוסרית מיוחדת, ומפיקות יחס חברתי ייחודי.<sup>46</sup> זהו הביוש החברתי, שעוקב אחרי הביוש המשפטי. הביוש המשפטי אינו נעשה בחלל ריק; הוא נעשה תוך מודעות לביוש הציבורי העוקב, ואולי אף תוך הסתמכות עליו.

#### 4. ביוש פלילי במבחן התכלית והמידתיות

האם הביוש הפלילי בדיני העונשין הינו ראוי ומאוזן מבחינה ערכית? אין בכוונתי לערוך לשאלה ניתוח פורמלי, במשקפיה של פסקת ההגבלה. ניתוח כזה עשוי להציע מסקנות מעניינות, אך ספק אם יצליח להפיל – או אפילו לטלטל קלות – את אחת האקסיומות העיקריות של המשפט הפלילי של ימינו: משפט פלילי מכוון להרשעה ולענישה, לרבות באמצעות כליאה, ולא לדרכים אחרות למניעת הוויות חברתיות פוגעניות. מדובר בשאלה מורכבת שאין בכוחי להשיב עליה, בוודאי לא במסגרת זו, ואסתפק בכמה אמירות נורמטיביות.

ראוי להדגיש תחילה כי מטרות ההרשעה והענישה, אף שהן מוצגות לעיתים ככאלה, אינן עצמאיות ואינן מטרות כלל, אלא מכשירים גרידא – כלים להשגת המטרות שבבסיסה של כל הפללה והפללה. עמידה מדוקדקת ורצינית על מטרות המשפט הפלילי אינה יכולה להיעשות ללא בחינה מדוקדקת ורצינית של מטרות ההפללה. למשל, הרשעת מארגני הימורים וענישתם כוללת שני רבדים. ברובד המידי והשטחי היא באה למנוע הימורים ולהרתיע מפניהם. ברובד עמוק וחשוב יותר היא מבקשת להשיג את המטרות שבשמן הופללו ההימורים – מטרות שקשה הרבה יותר לזהותן ולעמוד מאחוריהן.<sup>47</sup> באופן דומה, הרשעה וענישה של מחזיקי חומרי תועבה עם דמויות קטינים

748–757. עוד ראו *Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law*, 116 HARV. L. REV. 2186 (2003).

44 ע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589 (1986).

45 Husak, לעיל ה"ש 1, בעמ' 774.

46 S.E. Marshall & R.A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, 11 CAN. J.L. & JURIS. 7, 13 (1998); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 408 (2008); R.A. Duff, *Perversions and Subversions of Criminal Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 88, 88 (R.A. Duff et al. eds., 2010).

47 אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי על הדיכטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" *משפט וממשל* יח 157 (2017); אסף הרדוף "ותר מזל משכל: הפער בין תכליותיהם של איסורי ההימורים לבין גופם" *משפט ועסקים* כא 33 (2018).

אינן באות אך למנוע החזקה ולהרתיע מפניה, אלא להשיג את המטרות שמאחורי הטלת האיסור על ההחזקה, שלעיתים מסובך לראותן מוגשמות באמצעות האיסור כפי שנוסח.<sup>48</sup> המשפט הפלילי אינו בא רק להרשיע, להעניש, למנוע ולגמול, אלא מעל לכל להשיג את תכליותיו של כל איסור ואיסור. זיהוין של אלה הוא לעיתים מלאכה סבוכה בהרבה מכפי שנדמה.<sup>49</sup> גם הבחירה להציב באותה מסגרת (משפט פלילי) את המאבק המשפטי בתופעות מגוונות מאוד ולהשתמש באותם כלים לדיכוי תופעות שונות מאוד זו מזו הינה רחוקה מלהיות מובנת מאליה, מבחינה נורמטיבית, בהינתן שגיוון היעד לדיכוי מאפשר גיוון כלים לדיכוי, לרבות כלים פוגעניים פחות.<sup>50</sup>

אם כן, חשוב לזכור ששיקולי הענישה אינם אלא שיטות פעולה להשגת יעדים מורכבים בהרבה, ושהעונש וההרשעה אינם יעד עצמאי, אלא מכשיר להשגת יעד. במובן זה, הכליאה והגינוי – כיתר שיטות הענישה – אינם ניתנים להצדקה עצמאית, במנותק מדיון תכליתי רציני וקונקרטי בעברה שאכיפתה מובילה לכליאה ולגינוי. באשר לכליאה, מי שתופס אותה ככלי למניעה או לגמול הולם – יסבור בוודאי שהיא ראויה. באשר לגינוי, באופן עקרוני ניתן להסכים שלגבי עברה המשקפת תהליך הפללה רציני ומדוקדק, המתייחס להווייה חברתית פוגענית, קשה ומודעת (ולעיתים אף מכוונת) – גינוי העבריין הינו ראוי. זאת, בהתכתבו עם מגמות המשפט למגר את אותה הווייה חברתית, מצד אחד, ולחזק את ידי הקורבן במקרים המתאימים, מצד אחר. הדבר עשוי להתקשר לעוול המוסרי ("moral wrongfulness") או להפרה של סטנדרט מוסרי בהווייה הפלילית.<sup>51</sup> היו שהדגישו כי הפגם המוסרי הכרוך בהווייה הפלילית הינו אמת מידה להפללה.<sup>52</sup> כלומר, בהנחת מוצא שהדין הפלילי מגנה ומוקיע, היו שסברו כי נדרש פגם מוסרי לשם כך. זאת, להבדיל ממצבים שונים של "ניטרליות מוסרית", כגון אחריות קפידה, רשלנות ונזק נמוך, או עוול מוסרי בלתי מספק.<sup>53</sup>

בהקשר זה ראוי להעיר כי שאלת הפגם המוסרי הינה סבוכה ביותר, ומצריכה יריעה עצומה. הוויכוח איזו התנהגות הינה מוסרית הוא מורכב ביותר, ואינו עוצר באפיק

48 אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" **מאזני משפט** י 209 (2015).

49 אסף הרדוף **עברת הגנבה** פרק 4 (2014); אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 651 (אלון הראל עורך, 2017); אסף הרדוף "תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? על סעיף 34 לחוק העונשין ועל עמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה בעברות פליליות" (טרם פורסם).

50 מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו? על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תש"מ-1980" **משפטים** יג 159, 160-161 (1983); PACKER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 250; Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524-525 (2005).

51 Stuart P. Green, *Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, 46 EMORY L.J. 1533, 1551-1552 (1997).

52 קרניאל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 411; HUSAK, לעיל ה"ש 12, בעמ' 73-76.

53 Green, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1556-1561.

הפלילי גרידא או אפילו בשדה המשפט. יש להוסיף שקיימות פעולות עוול רבות שאינן מופללות.<sup>54</sup> פרט לכך, החוק לא רק תלוי בתפיסה מוסרית ציבורית, אלא גם משפיע עליה, מה שהופך את הדברים למורכבים עוד יותר.<sup>55</sup> עוד יושם אל לב שניתן לגנות את התנהגות הנאשם בפסק הדין גם מבלי לפרסם את שמו. ככתוב בהמשך, אין להניח שהגינני יאבד את מלוא כוחו רק בגין אי-פרסום שמו של הנאשם.

מה באשר למידתיות? שאלת המידתיות של הכליאה מצריכה מסגרת עצמאית רחבת היקף, שהיריעה אינה מאפשרת להיכנס אליה ברצינות במאמר הבוחן גם רכיבי ביוש נוספים במשפט הפלילי. למידתיות של הגינני יהיה נכון יותר להתייחס מזווית רחבה יותר, לאחר מבט על שני הצמתים הנוספים של הביוש, שיידונו בשני הפרקים הבאים.

## פרק ב: ביוש דיוני – השפלה כתוצר לוואי של אמצעי חקירה ואכיפה

### 1. מבוא

כאמור, הביוש ההרשעתי והביוש הענישתי אינם נתפסים כסוד או כתקלה מערכתית, אלא כשיטת עבודה לגיטימית ואולי אף חיונית של המשפט הפלילי המהותי. בתוך המשפט הפלילי, דיני העונשין הם ההתחלה, והם גם הסיום. הסיום המרשיע והמעניש קשה ומביש לפרט הנאשם, בין שהוא בחר להודות ובין שהוא בחר לכפור באשמה. אולם בתווך, בין התחלת המשפט הפלילי בהפללה לבין סיומו בהרשעה ובענישה, קיים עולם שלם, המורכב בעיקר מדיני הפרוצדורה (וממשפט לא פורמלי), שבתורם מביאים בחשבון את הדין המהותי והדין הראייתי.

בעולם זה, שנפחו גדול בהרבה מזה של סיום המשפט הפלילי, מתקיימים הליכים מגוונים, ואלה כרוכים לא אחת בביוש קשה, בין באמצעות מידע וביטוי ובין באמצעות כפייה פיזית. להבדיל מהביוש ההרשעתי והענישתי, הביוש הדיוני אינו מוצהר ואינו מוכר כשיטת עבודה. הוא אינו מוכרז, אלא פשוט נעשה. יתרה מזו, ככל שהוא נעשה בשלב מוקדם יותר, בהישען על רף ראייתי נמוך יותר לגבי מושא ההליך, גדל הסיכוי שמדובר בביוש של חף מפשע. זו תוצאה הכרחית, משום שמלאכתן של רשויות האכיפה היא סינון החפים מהאשמים. מלאכה קשה זו נופלת בעיקר על כתפי המשטרה, בחלקה על התביעה ובמקצתה על בתי המשפט. המשטרה, בניגוד לתביעה ולבתי המשפט, אינה מצויה בעמדה הפרוויולגית המאפשרת לפגוע בזכויותיו של פרט רק לאחר שגורם רשמי

Glanville Williams, *The Definition of Crime*, 8 CURRENT LEGAL PROBS. 107, 117 (1955); 54

Victor Tadros, *Criminalization and Regulation*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL

LAW 163, 164–166 (R.A. Duff et al. eds., 2010)

.TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW 62 (2006) 55

מקצועי אחר כבר עמל כדי להצביע על אשמתו של אותו פרט; היא זו שצריכה לעמול כאמור, ועמלה כרוך בהכרח בפגיעה ישירה ומוכנת בזכויות. בפרק זה אסקור בקצרה שורה של הליכים הכוללים רכיב מבייש, לפחות במקרים מסוימים. אתייחס לכמה פרקטיקות בנפרד: חיפושים, מעצרים, החקירה המשטרית, ניסוח האישום וההקראה, החקירה בבית המשפט ולבסוף הכרעת הדין. לא אטען שהפרקטיקות שאסקור נערכות לשם השפלה, ואף לא שהן פסולות מחמת הביוש הכרוך בהן. אסתפק בהטעמה כי הביוש נוכח לאורך כל ההלך הפלילי, למן שלביו המוקדמים ועד סיומו; שהביוש הוא גם מנת חלקם של חפים, ואפילו של מתלוננים ואחרים; ושלפחות חלק מהביוש אינו ראוי. במילים אחרות, פרק זה אינו בשום אופן בבחינת כתב אישום נגד העוסקים במלאכה, שרובם ככולם אנשים ישרים וערכיים; אולם חלק ממלאכתם כרוך בביוש, אשר לעיתים נעשה לא לצורך ולעיתים יתר על המידה.

## 2. חיפושים

המחוקק סלל בעבור גורמי האכיפה אמצעים מגוונים לאיתור חשודים ולאיסוף ראיות. פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת החיפושים), סוללת את הדרך לביתו של אדם. כל שוטר יכול לפנות לכל שופט שלום (או מחוזי) ולהציג לפניו חשד לעברה מכל סוג, אפילו חטא. החוק אינו דורש אפילו שידובר בביתו של חשוד, אלא די בסברה שיימצא בביתו של אדם דבר מה לקידום החקירה. הדרך המשטרית למעוז הפרטיות של אדם – לביתו, לחדר השינה שלו, למגירותיו ולארונותיו – קלה ופשוטה. הדבר פוגע קשות בפרטיותו של הפרט הנחפש,<sup>56</sup> וניתן לסבור שגם בכבודו. ביקור שוטרים בביתו של אדם הינו מעמד משפיל גם כאשר הוא נעשה ללא עדים, וגם כאשר המשטרה נוהגת בכבוד כלפי הפרט; קל וחומר כאשר המשטרה מתייחסת אל הפרט כאל עבריין, וכאשר החיפוש נערך לפני עדים. פקודת החיפושים מחייבת את המשטרה לערוך את החיפוש לפני שני עדים, למעט במקרים מיוחדים, שאחד מהם הוא כאשר החשוד עצמו ביקש לוותר על העדים, כעולה מסעיף 26(א)(3) לפקודה. מדוע שאדם יבקש לוותר על העדים, שהם ערובה למניעת השתלת ראיות?<sup>57</sup> התשובה ברורה: העדים הטיפוסיים לחיפוש בביתו של אדם הם שכניו. מעמד זה הינו משפיל במיוחד, בהציבו את הנחפש כחשוד בעברה חמורה דייה לגרור לביתו שוטרים לצורך חיפוש. זהו בסיס לביוש נוסף על כנפי הרכילות. הנה כי כן, חיפוש בביתו של אדם כרוך בפגיעה לא מבוטלת בכבודו.

דיני החיפושים מאפשרים צורות נוספות של חיפוש ראיות הפולש לפרטיות ופוגע בכבוד. חוק החיפושים מאפשר למשטרה, בתנאים מסוימים, לערוך בפרטים חיפוש חיצוני ואף חיפוש פנימי. אלה מוגדרים על דרך הרשימה בסעיף 1 לחוק. חיפוש חיצוני

William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016, 1026–1027 (1995).

57 ב"ש (מחוזי י"ם) 1153/02 מדינת ישראל נ' אברגיל, תק-מח 2002(2) 3784, פס' 41–45.

כולל, בין היתר, מבט בגופו העירום של הפרט ואף צילומו. במצבים שונים ניתן לבצעו חרף התנגדות של הפרט וללא בקרה שיפוטית, כעולה מסעיף 3 לחוק. במילים אחרות, החוק מאפשר להפשיט אדם בכוח ולצלמו, אפילו ללא צו שיפוטי. אומנם, ההפשטה עצמה אינה נעשית בפומבי מן הסתם, ועליה להיעשות, ככל פרקטיקה בחוק זה, "בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב", כעולה מסעיף 2(ד). אף על פי כן קשה לחלוק על ההשפלה הכרוכה בבקשה מחשוד או מעצור להתפשט,<sup>58</sup> לא כל שכן בהפשטתו בכוח, ואולי אף יותר מכך בצילומו עירום.<sup>59</sup> לפגיעה זו יש הסמכה בחוק. לא למותר לציין שמורשעים, נאשמים ואף חשודים עברו – ואולי גם עוברים – פגיעות שאינן בסמכות, דוגמת חוקן כפוי<sup>60</sup> ואילוץ לרוקן את כיסיהם באמצע הרחוב גם בלי חשד סביר נגדם.<sup>61</sup>

יתר על כן, לא רק כבודם של חשודים עלול להיפגע; לעיתים גם כבודן של מתלוננות עלול להיפגע קשות. סעיף 14 לחוק החיפושים מאפשר לערוך חיפוש גם בגופו של אדם שאינו חשוד, קרי, בגופו של אדם שאין רף ראייתי מספיק נגדו או שהוא בכלל המתלונן. הסעיף, אשר מתנה את החיפוש בהסכמתו הכתובה של הפרט, אינו מסתפק בכך במקרה יחיד: חיפוש שהוא בדיקה גינקולוגית מחייב לא רק הסכמה בכתב, אלא גם היתר שיפוטי, כעולה מסעיף 14(ג) לחוק. אולם הפרקטיקה הלא-כתובה והלא-מאושרת משפטית מגלה כי היתר שיפוטי אינו ניתן כלל, משום שהוא אינו מתבקש כלל. גורמי האכיפה שולחים את המתלוננת להליך זה ומכנים אותו "בדיקה", כדי להבדילו מ"חיפוש". זאת, אף שמבחינת החוק מדובר בבירור בחיפוש, ואף שהמתלוננת אינה נשלחת להליך האמור אם אין ציפייה להפיק מכך ראיה מפלילה.<sup>62</sup> אף אם ה"בדיקה" תיערך בשיא הרגישות, לעיתים היא כרוכה גם בצילום. אם הצילום יהיה בעל ערך ראייתי, הוא יהיה זמין לעיון ההגנה, כעולה מסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), ובהמשך הוא יוגש כמובן לבית המשפט. אילו ידעה המתלוננת שצילומי איבר מינה יהיו חשופים בהמשך לעיון גורמים נוספים,<sup>63</sup> אפשר שהיא הייתה מוותרת על אותה "בדיקה", ומצמצמת את הביוש שבא עליה לרעה.

58 דוח הסנגוריה הציבורית 2017, לעיל ה"ש 15, בעמ' 26–27.

59 השוו להפשטת חשוד ברחוב. בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד (מו) 704, פס" 1–12, 25–22 (1992).

60 בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294 (1980).

61 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.3.2012).

62 לפרקטיקה זו אין תיעוד, כנראה משום שאין מי שיקרא עליה תיגר בבית המשפט. למדתי עליה מסטודנטים שוטרים, חוקרי עברות מין מנוסים, שנדהמו לשמוע בשיעור שיש חובה בחוק לקבל היתר לחיפוש כזה, ולא להסתפק בהסכמת המתלוננת. בבירור שערכו מול הפרקליטות הם קיבלו את התשובה המופיעה בגוף הטקסט: לשיטת התביעה, אין מדובר ב"חיפוש", אלא ב"בדיקה".

63 ההגנה עשויה לבקש גם להעתיק את התמונות כדי להתכונן לתיק, ולפחות מבחינת לשון החוק יש בסיס לבקשה. בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם באר"ש, 27.9.2011).

### 3. מעצרים

המעצר הוא כלי שנועד לצמצם את המסופנות של החשוד או הנאשם במצב שבו אין דרך אחרת לצמצמה. גם מי שמוצא תועלת רבה במעצר אינו צריך להתעלם מהביוש הכרוך בו. שלילת החירות היא הפגיעה הבולטת ביותר שנובעת מהליך זה,<sup>64</sup> אולם היא אינה עומדת לבדה. מעצרו של אדם פוגע לא רק בחירותו, בקניינו ובפרטיותו, אלא גם בכבודו ובשמו הטוב.<sup>65</sup>

הרכיב המביש הראשון במעצר הוא תחילתו. אף שהמעצר הינו סטטוס משפטי וניתן להטילו במילים, כעולה מסעיף 5 לחוק המעצרים, מעצר טיפוסי מתחיל באיזוק. אם האיזוק נערך סמוך לבית החשוד, המעצר עלול להיות מביש במיוחד ולייצר פגיעה בלתי הפיכה בשמו הטוב בקרב סביבתו הקרובה, באופן שיפגע באיכות חייו בביתו בהמשך. אם האיזוק נערך סמוך למקום עבודתו, הפגיעה הקשה בשמו הטוב עלולה למנוע ממנו את האפשרות לשוב לעבודתו.<sup>66</sup> איזוק ברחוב עשוי אומנם להיות רחוק ממכרים, אך גם נוכחות זרים הופכת את המעמד למשפיל. לעיתים האיזוק אף מצולם ומתוזמן לצורכי תקשורת, מה שיוביל בוודאי להדהוד הביוש אל כל סביבותיו של הפרט.<sup>67</sup> גם ללא תיעוד המעצר, עצם הידיעה על מעצרו של אדם עלולה לפגוע קשות בשמו הטוב.<sup>68</sup> כמובן, לא רק האיזוק משפיל, אלא גם הובלת האדם באיזוקים בפומבי, לרבות בבית המשפט.<sup>69</sup> בהקשר זה ראוי לומר לזכות המציאות הישראלית כי לא השתרשה בה הפרקטיקה האמריקנית המכוערת והמשפילה במיוחד של צילום עצורים ושחרור התמונות לתקשורת – ה־mug shots.<sup>70</sup>

64 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 633, 650–651 (1995); רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין** 17–18 (2011) (להלן: קיטאי סנג'רו **המעצר**).

65 שם, בעמ' 18 ו-20; רינת קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" **ספר אורי קיטאי** 293, 306 (בועז סנג'רו עורך, 2007) (להלן: קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים"); Kahan, לעיל ה"ש 42, בעמ' 592 ו-609; בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, לעיל ה"ש 15, פס' לח–לט ו-עא–עב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; **דוח הסנגוריה הציבורית 2016**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10 ו-18–21.

66 השוו קיטאי סנג'רו **המעצר**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 27.

67 **דוח הסנגוריה הציבורית 2017**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 25. עשויות להיות לכך השלכות גם על המשך הפרסום של הפרשה. איתן לבונטין "על הסמכות להגביל פרסום שמות חשודים" **משפטים** ל 249, 308, 311 (1999).

68 קנת מן "השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים" **פלילים** ג 284, 288–289 (1992).

69 **דוח הסנגוריה הציבורית 2016**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 84–88.

70 Gregory Nathaniel Wolfe, *Smile for the Camera, the World Is Going to See That Mug: The Dilemma of Privacy Interests in Mug Shots*, 113 COLUM. L. REV. 2227 (2013); Lisa Chinai, *Picture Imperfect: Mug Shot Disclosures and the Freedom of Information Act*, 9 SETON HALL CIR. REV. 135, 136 (2013); Cameron T. Norris, *Your Right to Look Like an Ugly Criminal: Resolving the Circuit Split over Mug Shots and the Freedom of Information*

רכיב מביש שני הוא תנאי המעצר הירודים. באופן בעייתי אך מוכר היטב, תנאי המעצר גרועים מתנאי המאסר, וזאת אף שלהבדיל מהאסירים, העצורים נהנים עדיין מחזקת החפות. תנאים מבישים אינם דבר שיש להקל בו ראש, גם אם השפלה זו אינה גלויה לציבור הרחב.<sup>71</sup> פומביות היא רכיב מגביר השפלה, אך לא תנאי הכרחי לה. העצור מושפל גם מנוכחות מבקריו, גם מנוכחות סוהריו, גם מנוכחות העצורים האחרים, ואפילו כאשר הוא לבדו.

רכיב מביש שלישי במעצר נוגע בניהול משפטו של הנאשם. השופט הדן בתיקו יודע היטב שמדובר בעצור, ומבין את המשתמע מכך. נאשם המנהל את משפטו בהיותו במעצר נהנה פחות מחזקת החפות החברתית והמשפטית, בהינתן ששופט כבר קבע כי יש נגדו ראיות לכאורה להוכחת אשמתו. יכולתו של נאשם חופשי להגיע לדיון ולצאת ממנו בחופשיות מכבדת אותו. לעומת זאת, הבאת עצור למשפטו יחד עם עצורים אחרים מבישה אותו, וכמוה גם השמתו בעמדה שבית המשפט מזהה בבירור שהיא עמדת עצורים. זאת, נוסף על פגיעות קשות אחרות ביכולתו של העצור לנהל משפט ולהגן על עצמו. הדבר מציבו בלחץ ודוחף אותו להודות.<sup>72</sup>

#### 4. החקירה המשטרית והחקירה בבית המשפט

החקירה המשטרית היא כלי חשוב ואולי אף חיוני להגעה לאמת. היא מכוונת לחשודים, למתלוננים ולעדים. חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, מטיל עליה מגבלות אחדות; שמירה על כבוד הנחקר אינה מנויה ביניהן.<sup>73</sup> החשדת חף מבישה כשלעצמה, והביוש גובר כאשר היא מגיעה עם חקירה שמשרתת אי-אמון בו. בין שהחשוד חף ובין שהוא אשם, חקירות מסוימות כוללות רכיבים משפילים – למשל, בתחום המשפט הפלילי העוסק בטרור, השמת שקית על ראש הנחקר, הצבתו בתנוחת

Act, 66 VAND. L. REV. 1573, 1574–1575, 1594 (2013); Jocelyn Watkins, *My Life Is Not My Own: Do Criminal Arrestees' Privacy Interests in Mug Shots Outweigh Public's Desire for Disclosure?*, 30 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 307, 325–335 (2013); Jane E. Bobet, *Mug Shots and the FOIA: Weighing the Public's Interest in Disclosure Against the Individual's Right to Privacy*, 99 CORNELL L. REV. 633, 633–634 (2014).

71 דוח הסנגוריה הציבורית 2016, לעיל ה"ש 15, בעמ' 61–62; דוח הסנגוריה הציבורית 2017, לעיל ה"ש 15, בעמ' 24; קיטאי סנגירו "תנאי כליאתם של עצורים", לעיל ה"ש 65, בעמ' 294–302; קיטאי סנגירו המעצר, לעיל ה"ש 64, פרק 17; יצחק ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" משפט וממשל ד 729, 735–736 (1998).

72 קיטאי סנגירו המעצר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 21–23; דוח הסנגוריה הציבורית 2017, לעיל ה"ש 15, בעמ' 24 ו-26–27.

73 קריאה ליצירת כללים ברורים בחוק לחקירה משטרית הועלתה לפני כמה עשורים על ידי דן בין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הציד'?" עיוני משפט יב 129 (1987). עד היום טרם נעשה שינוי מהותי בנושא.



"שבאח" מתמשכת או ב"כריעת צפרדע" וכדומה.<sup>74</sup> השפלות, גידופים ועלבונות הם מנת חלקם גם של חשודים בעברות בזירה הפלילית הלא־בטחונית.<sup>75</sup> בבית המשפט אי־אפשר לפגוע בפרט באופנים אלה, אולם ניתן גם ניתן לחוקרו באופן מביש. הנחת המוצא התביעתית בשלב זה היא שהנאשם הוא לא רק אשם, אלא גם שקרן. מטרת החקירה הנגדית, שהיא כור ההיתוך של השיטה האדוורסרית,<sup>76</sup> אינה לתת לעד הזדמנות להסביר את גרסתו, אלא למוטט אותה, ואגב כך לעיתים גם אותו.<sup>77</sup> כמובן, הביוש החקירתי אינו נחלתם הבלעדית של חשודים ונאשמים. גם מתלוננות עלולות לסבול מיחס של אי־אמון ותוכחה, וזאת דווקא במקום שאליו פנו כדי לבקש עזרה, קרי במשטרה, ובהמשך גם לעבור חקירה נגדית מייסרת – פרקטיקה מוכרת וקשה עד כדי כך שהיא זכתה במטפורה "אונס שני" או "אונס חוזר".<sup>78</sup> לעיתים, אם כי באופן נדיר, הקורבן עלול לעבור הליך מביש במיוחד במשטרה, כאשר הוא אינו מודע לעברה שנעשתה בו והמשטרה בוחרת לחשוף אותו לדבר קורבנותו, לעיתים אפילו בצורה גרפית על ידי הצגת סרטון המתעד את תקיפתו המינית – "אונס משחזר".<sup>79</sup>

## 5. ניסוח האישום וההקראה

סעיף 85 לחסד"פ קובע מה כתב אישום צריך לכלול. בין היתר הוא צריך לכלול את שם הנאשם, מענו ותיאור העובדות המהוות את העברה, תוך ציון המקום והזמן ככל שאפשר לבררם. החוק אינו מכתוב את סעיפי האישום ואינו קובע את מידת הפירוט של כתב האישום.

בהקשר זה עולים שני רכיבי ביוש. לעיתים סעיף האישום נבחר כדי לתייג את הנאשם באופן מבייש יותר. למשל, אף שניתן במקרים מסוימים לפנות לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, שיוצר עברות פשע, התביעה בוחרת לעיתים בסעיף 214

74 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 9–13 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999); ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ז(8) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.4.2005).

75 יובל מריץ ורינת קיטאי־סנג'ורו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים לז 435, 429 (2007).

76 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 146 (1996).

77 מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 476–475 (1987). ראו לאחרונה ע"פ 7915/15 גרבאן נ' מדינת ישראל, פס' 6 ו-13 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 9.7.2017).

78 אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח 159, 193–197 (1993); ע"פ 4430/14 חדשות 10 בע"מ (תוכנית מקור) נ' פלונית (פורסם באר"ש, 6.9.2015).

79 אסף הרדוף "אמת וצדק, ניפוי או ריפוי, אונס חוזר ואונס משחזר – חשיפת קרבנות בלתי־מודעים למעשה הפשע בתחנת המשטרה" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 57, 5 (2016).

לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכותרתו "פרסום והצגת תועבה", בוודאי מתוך רצון לייחס נופך מיני לעברה.<sup>80</sup>

לעיתים כתב האישום כולל פירוט רב, שהדרך העיקרית להסבירו היא רצון תביעתי לבייש את הנאשם. למשל, כתב אישום בגין החזקת חומרי תועבה ובהם דמויות קטינים יכול להסתפק בתיאור סולידי – שגם הוא פוגעני אך הכרחי כמדומה – ולציין שהנאשם החזיק קבצים פדופיליים או פורנוגרפיית ילדים. דומה שפירוט נוסף, כגון שמות הקבצים, מספרם או תיאור גרפי של העולה מהם, אינו מיועד אלא לבייש את הנאשם.<sup>81</sup> באופן דומה, אדם ששוחח שיחה מינית עם שוטרת שהתחזתה לילדה יועמד לדין. התביעה תבחר אם ועד כמה לפרט בכתב האישום את תוכן השיחה. ניתן לסבור כי פירוט רחב משרת מטרה עיקרית של ביוש הנאשם ועירור סלידה של השופט כלפיו – פירוט פורנוגרפי, תרתי משמע.<sup>82</sup> במצבים מסוימים הפירוט עלול לפגוע אף בקורבנות העברה, בחושפו את התנהגותם לביקורת חברתית, מצד אחד, ובגורמו לשחזור החוויה הטראומטית בנפשם ולפגיעה רגשית בהם, מצד אחר.<sup>83</sup> כלומר, סעיפי האישום וניסוח העובדות עלולים לקדם את הביוש.

לעיתים הביוש מקודם עוד יותר באמצעות הליך ההקראה. סעיף 143 לחסד"פ, העוסק בתחילת המשפט, קובע כי בית המשפט יקרא את כתב האישום לנאשם, אך יכול לוותר על כך אם הנאשם מיוצג ובית המשפט וידא באמצעות הסנגור שהנאשם מכיר את תוכן כתב האישום. אכן, בית המשפט מדלג ברגיל על הקריאה הפורמלית, לאו דווקא מתוך דאגה לכבוד הנאשם, אלא יותר משיקולים של יעילות ורצון לחסוך בזמן. אך לעיתים בית המשפט בוחר לקרוא את כתב האישום. כאשר הדבר נעשה לגבי כתב אישום המתאר סטייה או כיעור מוסרי בולט, הדבר משרת – או למצער מהווה – ביוש פומבי מיוחד. ההקראה הטיפוסית אינה נעשית לנאשם יחיד באולם ריק. מטעמי יעילות האולם מלא נאשמים, עצורים ואחרים, בני משפחות ולעיתים גורמים נוספים. הקראת האישומים בפירוט עלולה לפיכך להיות משפילה ביותר, ולא למותר להזכיר כי הנאשם עודו בחזקת חף מפשע בתחילת משפטו.

80 ת"פ (שלום ת"א) 6136/07 מדינת ישראל נ' קורידו, פדאור (6)08 327 (2008); ת"פ (שלום ב"ש) 3990/07 מדינת ישראל – פמ"ד נ' משיח (פורסם בנבו, 13.9.2010).

81 ת"פ (שלום חי) 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי, תק-של (4)2011 54257.

82 ראו אסף הרדוף "כדור השלג הפלילי והניסיון הבלתי-צליח להציב גבולות לעבירת המעשה המגונה – מפיזי לוירטואלי, מאוביטר לרציו, מבושה להודאה" הסניגור 4, 248 (2017).

83 השו Tanya Asim Cooper, *Sacrificing the Child to Convict the Defendant: Secondary Traumatization of Child Witnesses by Prosecutors, Their Inherent Conflict of Interest, and the Need for Child Witness Counsel*, 9 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 239, 264 (2011).

## 6. הכרעת הדין – זיכוי מביש

הליך מביש אחרון שאגע בו בטרם אדון באופן מעמיק בפומביות הדיון הוא הכרעת הדין. איני מכוון רק לגינוי הנלווה להרשעה,<sup>84</sup> כמתואר בראשית המאמר, אלא דווקא לגינוי הנלווה לזיכוי מחמת הספק, שהוא כנראה הנפוץ ביותר מקרב הזיכויים. עקרון ההגנה על חפים מוביל באופן מודע להתרחקות מהאמת, ומגדיל את סך ההכרעות השגויות בהליך הפלילי.<sup>85</sup> כלומר, הוא יוצר אמת משפטית אשר בסבירות לא מבוטלת אינה משקפת את האמת העובדתית. זיכוי מחמת הספק בא לצמצם את הסיכוי להרשעת חף במצב שבו השופט נוטה לסבור כי מדובר באשם. מצד אחד יש כאן זיכוי; מצד אחר יש כאן מסר של אשמה. מסר כזה אינו עולה בשיטה שבה הזיכוי אינו מנומק, אלא פשוט מוכרז. בזיכוי מחמת הספק התוצאה הולכת בעליל לקראת הנאשם, ואילו ההנמקה הולכת בעליל נגדו – הן במגמתה לתייגו כאשם שזכה מן ההפקר המשפטי, והן במגמתה המשתמעת לתייגו כאדם ששיקר לבית המשפט ואשר הסבריו נדחו בו. זהו זיכוי מביש, כתם אחרון למי שעבר את המשפט בשלום וזופה.<sup>86</sup> ההגנה שזיכוי זה מספק הינה אופרטיבית, אך רחוקה מלהיות דקלרטיבית. הנאשם זכאי מבחינה משפטית, אך ייתכן מאוד שהוא ייתפס כאשם מבחינה ציבורית, בסברה שאין עשן בלי אש, אין עשן בלי אשם.<sup>87</sup> כמובן, אין לו זכות ערעור על זיכוי כזה, חרף השלכותיו החברתיות השליליות כמו גם השלכותיו המשפטיות השליליות, דוגמת הקטנת הסיכוי לקבלת פיצויים.<sup>88</sup> ניתן אומנם לגרוס כי מדובר באשם שהרוויח משיטת המשפט ו"זכה מן ההפקר"; אך מאידך גיסא ניתן לסבור כי זהו בדיוק החף ששיטת המשפט מבקשת להגן עליו, כך שאין פה "הפקר" כלל, אלא מדובר בגישה אחראית עם תוצאות נכונות וצודקות.<sup>89</sup>

לא למותר לציין כי הכרעת הדין עלולה לבייש לא רק את הנאשם, אלא גם עדים

84 גם גזר הדין עשוי כמובן לכלול יסודות מבישים. מעבר להנמקתו, שעשויה לכוון לביוש בצורה גלויה, גם האופן הטכני שבו הוא ניתן עשוי לבייש. למשל, בית משפט שמאלץ נאשמים להמתין זמן רב לגזר דינם לא לצורך, לצד נאשמים אחרים ובני משפחות, מחזק את רכיב הביוש בתהליך. כסנגור ראיתי לא אחת נאשמים ובני משפחה מתוחים מחכים כבר לסיום תיק שבו הורו הנאשמים, ואפילו הגיעו להסדר לגבי העונש, בשעה שבית המשפט משתהה מאוד, לא לצורך.

85 דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קריית המשפט א 307, 312 (2001).

86 דורון מנשה ואיל גרונר "הקטגוריזציה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט – עיון מחודש" מחקרי משפט כו 7, 14, 19, 43, 71 (2011); מתן סטמרי "זכות הסיקור לדעת" אתר משפט ועסקים פרק ב (2017) [idclawreview.org/2017/04/19/blogpost-szatmary/](http://idclawreview.org/2017/04/19/blogpost-szatmary/).

87 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 277.

88 ע"פ (מחוזי ת"א) 1974/93 סופיב נ' מדינת ישראל (פמת'א) (פורסם בנבו, 19.11.1996); בג"ץ 6541/07 שוורץ נ' בימ"ש שלום, טבריה, פדאור 07(30) 094 (2007). כן ראו מנשה וגרונר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 60–72.

89 שם, בעמ' 37–39.

שונים, במקרה שהיא מבקרת אותם בחריפות, יהיו אלה עדים מומחים, בעלי תפקיד (כגון שוטרים), עדי הגנה או מתלוננים. כמוכך, גם להם אין זכות ערעור על ההכרעה או על ההנמקה.<sup>90</sup>

## 7. ביוש דיוני במבחן התכלית והמיזתיות

סקרתי באופן שאינו ממצה שורה של הליכים אשר כוללים או עשויים לכלול רכיב מבייש – ביוש פלילי שאינו הרשעתי וענישתי, אלא הליכי. להבדיל מדיני העונשין, המגנים את הפרט ומכאיבים לו באופן מוצהר וגלוי, הביוש הדיוני אינו בא בשם הגיוני, ואינו נעשה במגמה להכאיב לפרט. מערכת המשפט מדגישה שהפרט החשוד והנאשם הינו בחזקת חף מפשע, ושהליכים פוגעניים שמתקיימים לגביו אינם עונש. אולם לצד זאת אין לחדד שמדובר בהליכים פוגעניים.

ניתן לפנות לפסקת ההגבלה ולבחון ברצינות כל הליך והליך שנסקר לעיל. ניתן אף להגדיל לעשות ולהיכנס לגבי כל הליך לרזולוציה חדה, לבחינה ביקורתית. למשל, ניתן להציע שחיפוש אינו מידתי במצבים מסוימים ולפיכך אינו חוקתי באופן כללי; או להציע שסוגים שונים של חיפוש אינם מידתיים במצבים שונים ולפיכך אינם חוקתיים. דיון כזה יצריך מקום רב וכניסה עמוקה ורחבה לשפע של הסדרים מורכבים, מה שאינו אפשרי במסגרת הנוכחית. אולם אין צורך להיכנס לעומק ולרוחב כדי להסכים שכאשר הליך מסוים הינו משפיל, מצד אחד, ונעשה כלפי אדם שהוא בחזקת חף מפשע, מצד אחר, וכאשר הליך זה אינו נתפס כעונש או כחלק ממנו, אזי ראוי לפעול לצמצום ההליך ולמיתונו, ולחפש הליכים חלופיים שיאפשרו להשיג את היעד בצורה פוגענית פחות. כלומר, ראוי לבחון את מידת ההשפלה שכרוכה בכל הליך, מצד אחד, ואת רף הסינון, מצד אחר. את מידת ההשפלה ראוי לצמצם בכל מקרה שניתן, בעיקר אם הפגיעה הצפויה היא באדם שנהנה עדיין מחזקת החפות, לא כל שכן אם הוא אינו חשוד כלל. את רף הסינון ראוי להעלות באופן כפול – הן מבחינה ראייתית והן מבחינת העברה. מבחינה ראייתית, ככל שאנו בשלב מוקדם יותר והחשדות מבוססים על ראיות גולמיות ואף בלתי קבילות, כן ראוי להיזהר עם הליכים משפילים ולתור אחר חלופות, כעניין של מידתיות ומתוך הבנה שהסיכוי שעסקינן בחפים הינו בשיאו בתחילת ההליכים. מבחינת העברה, ראוי להגביל פרקטיקות משפילות לעברות חמורות.

ניתן להעלות את הרף הנורמטיבי לגבי הליכים מסוימים, כדי להביא לידי צמצום או לחזק את הביקורת השיפוטית עליהם, כך שתהווה מסננת אמיתית להגנה על פרטים. ניתן לייצר לפרטים ולמשטרה תמריצים ראייתיים שונים לשיתוף פעולה שאינם כרוכים בכפייה דווקא, ולצמצם בכך את ההשפלה הכרוכה בכפיית הליכים.<sup>91</sup> באופן דומה, ניתן

90 ע"פ (מחוזי חי) 651/95 צירינסקי נ' שרון, תק-מח 1996(3) 1575; בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721 (1998).

91 דורון מנשה ולימור ריזה "יש שהנידון מנדב ראייה – תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשותף פעולה" מחקרי משפט כה 845, 860–868 (2009).

לחשוב על דרכים לצמצום ההשפלה הכרוכה במעצרים: מניעת איזוק בפומבי, למעט במקרים שהדבר חיוני; שימוש רב יותר בחלופות מעצר; שיפור דרמטי של תנאי המעצר וכדומה. החקירה המשטרתית ראויה לבקרה רצינית יותר, ולא רק לבקרה במסגרת דיני הראיות, שהיא בקרה חלשה במיוחד דווקא בנוגע למי שבית המשפט סבור כי הוא אשם.<sup>92</sup> גם החקירה בבית המשפט ראויה לתשומת לב רבה, ואולי אף לסטנדרטיזציה, בהיותה אחד המנגנונים המעשיים החשובים ביותר בכור ההיתוך האדוורסרי, מצד אחד, והזנוחים ביותר מבחינת ההסדרה והשקיפות, מצד אחר. כמו כן, ניתן ורצוי לגבש כללים ברורים לגבי פירוט כתבי אישום ולגבי ההקראות – מה ראוי לכלול בהם ומה לא. לבסוף, גם לגבי כתיבת פסק דין אין כמעט כללים שיקבעו מה יש לכלול בפסק דין מרשיע או מזכה, ואיזה תפקיד המוסר והגינוי צריכים למלא. בהעדר כללים, שופט הישר בעיניו עושה, ומבייש את מי שהוא מוצא לנכון, בשפה הנראית לו נכונה. גם כאן תועיל סטנדרטיזציה, הן לצורך צמצום הביוש והן לצורך השגת יעדים משפטיים נוספים. הדבר יועיל להגנה, לתביעה, למשטרה, למתלוננים, ואפילו לשופטים עצמם, שיקבלו הכוונה בנוגע למילוי תפקידם באופן הרצוי למערכת והראוי בעיניה.

## פרק ג: ביוש פומבי – פומביות ההליך נ' כבוד הפרט

### 1. מבוא

בפרק זה אתמקד בפומביות הדיון כמחוללת או מגבירה של ביוש הפרט. אפתח בהצגה של עקרון פומביות הדיון וחריגיו. לאחר מכן אתור אחר הרציונלים בעד עקרון הפומביות ונגדו. בהמשך אנסה לפלח את הרציונלים שבעד העיקרון לפי חלוקה גסה של ההליך לאור "מעמדו" של הפרט – חשוד, נאשם או מורשע – ואברר אילו מהרציונלים תומכים בפומביות לגבי כל מעמד. בשלב הבא אבחן באופן כללי אם ניתן להשיג את הרציונלים שעקרון הפומביות מבקש להגשים בדרכים אחרות, מידתיות יותר. מהכללי אעבור לספציפי: ארחיב על הליכים פליליים לא פומביים שקיימים כיום, ואבדוק אם הם מצליחים להשיג את מטרות הדין המהותי. אם נמצא שהם מצליחים, אזי אפשר שגם הליכים לא פומביים אחרים, שעדיין אינם קיימים כיום, יצליחו כאמור.

### 2. עקרון פומביות הדיון

עקרון הפומביות מעוגן ומושרש בישראל. סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי

92 אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141 (2019).

חוק". חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מתווה בררת מחדל של פומביות במשפט הישראלי על ענפיו. סעיף 68(א) קובע כי בית משפט ידון בפומבי. סעיף 68(ב) קובע שורה של חריגים המאפשרים לבית המשפט להורות על דלתיים סגורות, אם יבחר בכך. הוא רשאי לעשות כן לשם שמירה על בטחון המדינה, לשם מניעת פגיעה ביחסי החוץ של המדינה וכדומה. החריגים מקדמים אינטרסים של המדינה, של מתלוננים, של עדים, של משפחות, ולעיתים נדירות גם של חשודים ונאשמים. סעיף 70(א) נותן משמעות נוספת לסגירת דלתותיו של בית המשפט: איסור פרסום שלא ברשות בית המשפט.<sup>93</sup>

בררת המחדל לגבי ההליך הפלילי היא דלתיים פתוחות ופרסום. החוק מתייחס בהרחבה רק למעמד אחד של הפרט – חשוד, להבדיל מנאשם או מורשע. סעיף 70(ד1) – שהוסף לחוק בתיקון מס' 69, אשר נכנס לתוקפו בשנת 2012<sup>94</sup> – אוסר פרסום שמו של חשוד למשך ארבעים ושמונה שעות ממועד התייצבותו לחקירה. בחלוף ארבעים ושמונה שעות עקרון הפומביות חוזר לתוקפו ומאפשר לפרסם את זהות הפרט. בררת המחדל ברורה: דין חשוד לפרסום, במהרה, כמעט תמיד.

סעיף 68(ב)12) מתיר לחשוד לבקש מבית המשפט לאסור את פרסום שמו כדי למנוע לו נזק חמור. סעיף 70(ה1) מסמיך את בית משפט להטיל איסור כאמור, אם הדבר עדיף בעיניו על העניין הציבורי שבפרסום. איסור כאמור יפקע עם הגשת כתב האישום, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת. בקשות מטעם חשודים נדחות ברגיל בשם עקרון פומביות הדיון, תוך הדגשה שבררת המחדל היא פרסום.<sup>95</sup> בקשות מטעם נאשמים ניתן להגיש רק במקרים מצומצמים מאוד. כך, נאשם בעברת מין יכול להגיש בקשה כאמור מכוח סעיף 68(ב)5); ונאשם בעברת אלימות במשפחה יכול להגיש בקשה כאמור מכוח סעיף 68(ב)13). אולם גם בקשות נאשמים נדחות בדרך כלל בשם עקרון פומביות הדיון, תוך הדגשה דומה של הפומביות כבררת המחדל.<sup>96</sup>

ניתן לסכם ולכתוב בפשטות שהדין הפלילי חושף כמעט את כל מושאיו.<sup>97</sup> החשודים זוכים בשקט תקשורתי בן יומיים בלבד ותו לא, והנאשמים והמורשעים אינם זוכים אף בזה. לעיתים גם נפגעי עברה נחשפים לא מרצונם או לא בטובתם.<sup>98</sup> בררת המחדל גורפת מאוד ומקיפה את רוב ההליכים הפליליים. מה עומד מאחוריה בהקשר הפלילי, ומה עומד מולה?

93 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 259.

94 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 69), התשע"ב-2012, ס"ח 124.

95 בש"פ 5759/04 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 658 (2004).

96 בש"פ 197/12 חדר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 16.2.2012).

97 בתת-פרק 6ג להלן אסקור כמה חריגים חשובים.

98 דנה פוגין, "סלבריטאים על כורחם (ובחסות בית המשפט?) – מחשבות על פרטיותם של נפגעי עברות בהליך המשפטי" קרית המשפט י 79, 80–84 (2014); ענת פלג, "דמעה אחת שווה אלף מילים" – הזיקה בין התנהלותם התקשורתית של נפגעי עברות למעמדם בהליך המשפטי" קרית המשפט י 185, 186–187 (2014); לימור עציוני, "הציץ ונפגע: בחינת הזכות לפרטיות של נפגעי עברה אל מול מציצנותו של הציבור" עיוני משפט לו 757, 760–762 (2015).

### 3. רציונלים בעד עקרון הפומביות

ניתן לזהות לא מעט רציונלים שתומכים בפומביות הדיון הפלילי. האחד הוא הגברת הסיכוי להגיע לאמת ולצדק. ראשית, פרסום פרטיו של החשוד מגדיל את הסיכוי להגשת תלונות נוספות נגדו,<sup>99</sup> שכן תופעה פסיכולוגית חברתית מוכרת היא שקורבנות אשר טרם התלוננו בוחרים לעשות כן לאחר שחשיפת החשוד בתקשורת מבהירה להם שקיימים מתלוננים אחרים נגדו, כך שהם אינם לבד בעוול שנגרם להם ובהליכים הצפויים. בהמשך לכך, פרסום החשד והסיפור עשוי להגביר את הסיכוי שהמשטרה תקבל מהציבור מידע רלוונטי, שיכול להיות גם לזכות החשוד. פנייה מקורבנות העברה עשויה להגביר את הסיכוי לאיסוף מידע מפליל.<sup>100</sup>

רציונל אחר מתייחס לחשוד שגלומה בו סכנה, שאז פרסום פרטיו יכול להזהיר את הציבור מפניו.<sup>101</sup> הפרסום יכול גם לספק עונש מוקדם לעבריינים, ובכך אולי גם להרתיע אחרים מביצוע עברות ולייצר מצפן ציבורי.<sup>102</sup> במקרים מסוימים הוא עשוי גם לקדם תמיכה בקורבנות.<sup>103</sup> לפרסום עשויות להיות השפעות תקשורתיות חיוביות מגוונות, המתקשרות לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת:<sup>104</sup> ראשית, ההמחשה שהמשפט הפלילי פועל, ושהוא כולל פנים ושמות, בולמת תיאוריות קנוניה, ושולחת במקומן מסר תקשורתי מעשי חשוב ומרתיע; ושנית, זרקור תקשורתי על פרשה מסוימת עשוי להגביר הן את יסודיותם של הגורמים המעורבים בניהולה והן – ובעיקר – את שקיפות פעולתם.<sup>105</sup> בהיבט זה הפומביות היא בקרה חזקה על המשטרה, התביעה, הסנגוריה ובית המשפט.<sup>106</sup> לא רק הנאשם נשפט בעדשות הפומביות; גם גורמים חזקים בהרבה עומדים לדין – אם כי בצורה מטפורית בלבד – לאור מילוי תפקידם. כדבריו הפיים של השופט חשין:

99 עניין תורג'מן, לעיל ה"ש 95, פס' 16; עניין חודר, לעיל ה"ש 96, פס' 16; Sadiq Reza, *Privacy and the Criminal Arrestee or Suspect: In Search of a Right, in Need of a Rule*, 64 MD. L. REV. 755, 803–805 (2005); Jonathan O. Bowers, *American and Norwegian Press' Approaches to Identification of Criminal Suspects or Arrestees: The Public's Right to Know Versus the Private Citizen's Right to Privacy, Reputation, and Presumption of Innocence* 32, 34 (a thesis presented to the School of Journalism and Communication and the Graduate School of the University of Oregon, Sept. 2013), core.ac.uk/download/pdf/36687941.pdf.

100 פלג, לעיל ה"ש 98, בעמ' 199.

101 ס' 70(17)(2)(ב) לחוק בתי המשפט; Reza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 802–803 ו-807–809; Bowers, לעיל ה"ש 99, בעמ' 32–33.

102 לדיון ביקורתי בקו זה ראו Gerhard O.W. Mueller, *Problems Posed by Publicity to Crime and Criminal Proceedings*, 110 U. PA. L. REV. 1, 15–17 (1961).

103 עצינוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 764 ו-773.

104 ראו Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 3–4; Bowers, לעיל ה"ש 99, בעמ' 42–46.

105 אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנרטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק דודורוב" מאזני משפט יא 271, 279–280 (2016).

106 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 251 ו-289; Bowers, לעיל ה"ש 99, בעמ' 35.

"השופטים בבתי-המשפט, יודעים כי עומדים הם לדין יום-יום שעה-שעה... בעשותו במלאכת השיפוט, לעולם יראה עצמו שופט כמו יושב הוא בבית זכוכית או בחלון ראווה הנשקף אל הרחוב; כל עובר-ושב רשאי להתבונן בו, לבחון אותו ולבקר אותו. וגם לשפחו ולהשתבח בו. בתרגומם של ערכים אלה לשפת המשפט מדברים אנו גם על חופש הביטוי וגם על חופש התקשורת כנגזר מזכות הציבור לדעת... אלו הן השקיפות והבקרה החייבות להתלוות לכל המחזיקים בסמכות שלטון ואכיפה במדינה שאפיונה הוא משטר פתוח."<sup>107</sup>

שקיפות היא תנאי לבקרה ולביקורת,<sup>108</sup> והיא יכולה להגביר את אמון הציבור במערכת, מצד אחד,<sup>109</sup> ולצמצם את הטעות,<sup>110</sup> השרירות והשחיתות, מצד אחר. כך, גם לנאשם עשוי להיות עניין אמיתי בפומביות הדין,<sup>111</sup> כחלק מההגנה עליו;<sup>112</sup> בהליכים סגורים אין כמעט בקרה תקשורתית, ציבורית ואקדמית.<sup>113</sup> הפומביות עשויה לפזר עננות של חשד בלתי מוצדק מעל גורמים מסוימים, לצמצם שמועות ולהפריכן.<sup>114</sup> בהינתן עניין ציבורי, חשיפה מסודרת ורשמית עשויה לצמצם או למנוע חשיפה בלתי מסודרת ובלתי רשמית – למשל, ברשתות חברתיות.

#### 4. רציונלים נגד עקרון הפומביות

קיימים רציונלים מגוונים נגד עקרון הפומביות. הפגיעה הברורה ביותר מפומביות הדין בהקשר הפלילי היא זו שסביבה סובבים המאמר והכרך: הביוש הברור שכרוך בחשיפת אדם כחשוד, כנאשם ולבסוף כמורשע, והפגיעה הנלווית לכך בשמו הטוב.<sup>115</sup> עצם חשיפת השם בהקשר זה מביישת: naming and shaming. ככל שמדובר במורשע, נדמה שהפגיעה בשם הטוב מוצדקת ומידתית, כחלק משיטות הפעולה של הדין המהותי. אולם ככל שמדובר בנאשם, ועוד יותר מכך בחשוד, הפגיעה בשם הטוב מוקדמת מאוד, בשלב שהוא אמור ליהנות עדיין מחזקת החפות המשפטית. הפרסום האופף את החשד והאישום עלול לייצר דימוי שלילי, ו"דימוי שלילי כי ידבק באדם עלול הוא הדימוי ללוות אותו כל ימי חייו... להביא ל'שפיטה מוקדמת' בידי הציבור ועל דרך זו לגרוע

107 עניין תורג'מן, לעיל ה"ש 95, פס' 4.

108 עצינוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 764.

109 ע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 444, 450–451 (1991).

110 ראו בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 19.9.2012).

111 Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 10–11.

112 Reza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 805–807.

113 אסף הרדוף "צללים של ביקורת ומנוחת הדעת: חיסיון לטובת המדינה, חקיקה לטובת המדינה ושופטים לטובת המדינה" (טרם פורסם).

114 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 310–311.

115 קיטאי סנג'רו המעצר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 320–321.



מחזקת החפות החברתית<sup>116</sup>. הפגיעה במוניטין של הפרט קשה, ואף מחמירה לנוכח הפגיעה הפריפריאלית בסובביו, דוגמת ילדיו.<sup>117</sup> יש שגם המתלוננים נפגעים מהפרסום, בשל העניין התקשורתי שהוא מושך, אשר מפנה לעיתים זרקור אליהם, ולא דווקא בדאגה לשלומם, לרווחתם ולשמם הטוב.<sup>118</sup> התיוג החברתי השלילי נדבק למי שהיה נתון בהליך פלילי כלשהו.<sup>119</sup> "השילוב של חשיפה באמצעות מתווכי מידע וחשיפה מקוונת של פרטים לא עדכניים ולא שלמים על פי רוב בדבר מעצרים והרשעות עלול ליצור מכשולים ארוכי טווח להתחלות חדשות, ובכלל זה השפעות שליליות על סיכויי תעסוקה ודיוור, על זכויות הוריות, על הזדמנויות חינוך, על חופש תנועה וכמעט על כל היבט אחר של חיי היומיום."<sup>120</sup>

פגיעות נוספות קשורות להשפעות תקשורתיות שליליות מגוונות, שחלקן גלויות וחלקן סמויות. כאן ראוי להדגיש כי אף שעקרון הפומביות נוגע במשפט כולו, דומה שלגבי רוב ענפי המשפט העיקרון עיוני בעיקרו. ערוצי החדשות אומנם עשויים לעיתים לסקר התפתחות מרעישת בדני החוזים או בדיני העבודה, אולם מבין ענפי המשפט, הפלילי הוא שמושך את מירב תשומת הלב התקשורתית. פשע ואלים מצויים במרכז הבמה בחדשות ובתעשיית הבידור,<sup>121</sup> במיוחד כאשר הם חמורים.<sup>122</sup> בעוד ענפי משפט אחרים מציעים דרמות סוערות רק לעיתים רחוקות, עיסוקו הרגיל של המשפט הפלילי הוא בין היתר ברצח ובאונס, והסנקציות שהוא רותם עשויות להיות חריפות במיוחד. ככל שהפשע חמור יותר, העניין הציבורי והתקשורתי בו גדל,<sup>123</sup> ונוצר "משפט פופולרי".<sup>124</sup> התקשורת מעצבת במידה רבה את התפיסה הציבורית לגבי המשפט הפלילי.<sup>125</sup> אולם התקשורת יוצרת גם השפעות שליליות מגוונות, שחלקן כרוכות בפגיעה בכבוד הפרט.

השפעה תקשורתית שלילית אחת שעלולה לפגוע בכבוד הפרט מגולמת בעברת הסוב-יודיצה. סעיף 71 לחוק בתי המשפט, שכותרתו "מניעת פגיעה בהליך פלילי",

116 עניין תורג'מן, לעיל ה"ש 95, פס' 19. ראו גם עציוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 786, Chinai; לעיל ה"ש 70, בעמ' 158–159.

117 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 309.

118 עציוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 774–775.

119 Bowers, לעיל ה"ש 99, בעמ' 65–66.

120 David S. Ardia & Anne Klinefelter, *Privacy and Court Records: An Empirical Study*, 30 BERKELEY TECH. L.J. 1807, 1841 (2015) (התרגום שלי – א' ה').

121 Sara Sun Beale, *What's Law Got to Do With It? The Political, Social, Psychological and Other Non-Legal Factors Influencing the Development of (Federal) Criminal Law*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 23, 45 (1997).

122 פוגץ, לעיל ה"ש 98, בעמ' 80.

123 Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 8.

124 ענת פלג "הערכאה העיתונאית: סיקור משפטים פליליים פופולריים בעיתונות הישראלית" קשר 42, 35, 36, 38 (2011).

125 עציוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 771.

אוסר לפרסם "דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, וראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לודאי כמוה כמטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור". הסעיף מחיל את עצמו משלבי המשפט המוקדמים ועד לתום ההליכים, אך מחריג בסעיף 71(ג) "פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר או שאירע בישיבה פומבית של בית משפט". תכלית האיסור משקפת את התפיסה שאפילו שופט מקצועי עלול להיות מושפע – במודע ולא במודע – מפרסומים על הפרשה,<sup>126</sup> וכמוהו גם התביעה והמשטרה<sup>127</sup> וכמובן העדים,<sup>128</sup> ובשיטות משפט אחרות – גם המושבעים.<sup>129</sup> המשפט מכיר אם כן באופן פורמלי באפשרות של השפעה עליו מבחוץ. לפיכך אין תמה שהמשפט הפלילי מצטייד כיום ביחצנים יותר מאשר בעבר, לנוכח ההבנה שחלקים חשובים בו אינם מוכרעים משפטית, אלא ציבורית.<sup>130</sup> לעיתים הנאשם מתקומם על שנעשה לו עוול בתקשורת וחרצו את דינו;<sup>131</sup> ולעיתים מערכת המשפט היא שמתקוממת על חציית הגבולות.<sup>132</sup> בפרקטיקה נהפך האיסור מזמן לאות מתה.<sup>133</sup> אין משמעות הדבר

126 סטמרי, לעיל ה"ש 86, פרק ב.

127 מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" **משפט וממשל** ב 159, 160–162 (1994); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" **פלילים** ה(2) 173, 177–186 (1996).

128 בועז שנור "על איסור הסוביודיצה וחופש הביטוי – מילים פורחות ואותיות מתות: בעקבות ע"א 409/13 שידורי קשת נ' קופר" **עלי משפט** יב 261, 265 (2016).

129 H. Patrick Furman, *Publicity in High Profile Criminal Cases*, 10 ST. THOMAS L. REV. 507, 524–535 (1998); Michael Chesterman, *OJ and the Dingo: How Media Publicity Relating to Criminal Cases Tried by Jury is Dealt With in Australia and America*, 45 AM. J. COMP. L. 109 (1997); John A. Walton, *Struck by the Falling Bullet: The Continuing Need for Definitive Standards in Media Coverage of Criminal Proceedings*, 49 CLEV. ST. L. REV. 407 (2001); Andrew E. Taslitz, *The Incautious Media, Free Speech, and the Unfair Trial: Why Prosecutors Need More Realistic Guidance in Dealing with the Press*, 62 HASTINGS L.J. 1285 (2011).

130 סטמרי, לעיל ה"ש 86, פרק א; פוגץ', לעיל ה"ש 98, בעמ' 82. השוו עצינוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 773.

131 זכורה מתקפתו של הנשיא לשעבר קצב על התקשורת. סכנת ההשפעה התקשורתית אכן הוזכרה ונדונה בפסק דינו: ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פס' 394–396 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 10.11.2011).

132 בעניין **רמון** כתבו השופטים: "בתיק זה נחצו כל הקווים האדומים, המושג סוביודיצה דורדר לתהומות שלא הכרנו... לנו השופטים אין אלא את צו מצפוננו והוא הוא בלבד שמנחה אותנו." ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 **מדינת ישראל נ' רמון**, פס' 96 (פורסם בנבו, 31.1.2007). בעתירה נגד הסדר הטיעון בעניין קצב ביקר השופט לוי בחריפות את המצב המשפטי בישראל בנושא הסוביודיצה. בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550, פס' 67 לפסק דינו של השופט לוי (2008).

133 ראם שגב "סוביודיצה" – הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים (2001) 22; לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 295; שנור, לעיל ה"ש 128, בעמ' 277–279.

שהערכים שהוא מבקש להגן עליהם אינם זקוקים להגנה; ערכים אלה נפגעים מעקרון פומביות הדיון ובשמו, אך נדמה שמערכת המשפט אינה יכולה – או אינה מוכנה ואינה רוצה – להיאבק בפגיעה זו.

השפעה תקשורתית שלילית שנייה שעלולה לפגוע בכבוד הפרט, ואשר קשורה להשפעה הקודמת, נוגעת במסמוס חזקת החפות הציבורית הכללית. חזקת החפות מבקשת לשמור על כבודם של חשודים ונאשמים, וכאשר היא מכורסמת ומתאינת, נסללת הדרך לפגיעה תקשורתית מהירה ובלתי הפיכה בכבוד האמור. ברגיל התקשורת מציגה נימה מאשימה מאוד, אשר מעודדת את גישת השליטה בפשע ומחלישה את רעיון ההליך ההוגן.<sup>134</sup> היא חורצת במהרה את דינו של כל חשוד כאשם, ומציגה לציבור סיפור חד-ממדי – נרטיב אשמה חזק שקשה לכפור בו בבית המשפט. בכך היא פוגעת בכבודו בזירה הציבורית. הביקורתיות התקשורתית על המשפט הפלילי מגיעה כמעט תמיד מכיוון מאשים: היא מוחה על זיכוי לא מוצדק של "עבריינים" – קרי, נאשמים שהתקשורת כבר הכריעה שהם עבריינים,<sup>135</sup> לרוב על סמך עצם פרסום התלונה או החשד<sup>136</sup> – או מקוננת על ענישה נמוכה מן הראוי.<sup>137</sup> הקהל מקבל מוצר בידורי דרמטי, לא אחת תוך התמקדות בנפגעי העברה. במגמה לשפר את נתוני המדרוג (רייטינג),<sup>138</sup> הדיווח מתמקד בהיבטים הסנסציוניים ומתאפיין באובדן ביקורת וריסון עצמיים,<sup>139</sup> והתוצאה היא "בידורידע" הפונה למכנה הנמוך ביותר, שלעיתים אינו יותר

134 פלג, לעיל ה"ש 98, בעמ' 198; רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405, 414–422 (2003).

135 Nicholas A. Battaglia, *The Casey Anthony Trial and Wrongful Exonerations: How "Trial by Media" Cases Diminish Public Confidence in the Criminal Justice System*, 75 ALB. L. REV. 1579, 1583–1586 (2012).

136 למשל, שגיא בשן "רוצחי שקד שלחוב ז"ל זוכו מאשמת רצח" **mako** 30.4.2009 [www.mako.co.il/news-law/legal/Article-0d4b5926ca5f021004.htm](http://www.mako.co.il/news-law/legal/Article-0d4b5926ca5f021004.htm). במקרים אחרים, אחרי שהתקשורת כבר הכריעה עם פרסום הפרשה כי מדובר ברצח, הזיכוי מעברה זו גורר כעס ציבורי רב, כפי שאירע במקרה של אריק קרפ. ראו תגובות זועמות על הפחתת האישום של הנאשמים באותה פרשה בכתבתו של נתיב נחמני "הלינין" בטיילת: תוקפי קרפ זוכו מרצח והורשעו בהריגה" **nrg** 27.4.2011 [www.makorrishon.co.il/nrg/online/1/ART2/235/580.html](http://www.makorrishon.co.il/nrg/online/1/ART2/235/580.html).

137 למשל, עומרי אפרים "מתלוננת נגד נחמן: 'לא הפסקתי לבכות, המאבק היה לחינם'" **ynet** 28.12.2015 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4744958,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4744958,00.html); עידו באום "הדין של לחיאני: עונש קל מדי בתיק הדגל של המאבק בשחיתות המקומית" **הארץ** 30.9.2014 [www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2446681](http://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2446681); שמעון איפרגן "עונש קל לחייל שהצית מטוס בשווי רבע מיליון דולר" **mako** 2.8.2015 [www.mako.co.il/pzm-soldiers/Article-41d515e6ecdee41006.htm](http://www.mako.co.il/pzm-soldiers/Article-41d515e6ecdee41006.htm).

138 ענת פלג ורינה בוגוש "הפרקליט כדובר": השינוי ביחסם של עורכי הדין העוסקים בפלילים לתקשורת בישראל" **המשפט** טו 111, 115, 125–127, 153 (2010); פלג, לעיל ה"ש 124, בעמ' 36–39.

139 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 252–253.

ממציצנות.<sup>140</sup> הסיקור נעשה ברוח מאשימה, כנראה מתוך התקשרות לפחד הציבורי מפני פשיעה,<sup>141</sup> מה שפועל לטובת המדינה המאשימה. כציבור אנו מוטים תקשורתית וחברתית בעד האשמה והרשעה של מי שהוצב בפנינו כיעד. להעמדה לדין, להרשעה ולענישה מחמירה יש רוח גבית חזקה שמגיעה מהתקשורת, ובהמשך לה – מהציבור. חזקת החפות המשפטית מובסת על ידי חזקת האשמה התקשורתית-החברתית.<sup>142</sup> אווירה תקשורתית-חברתית מאשימה משפיעה על בית משפט שמעוניין בלגיטימציה תקשורתית וחברתית ודוחפת אותו להרשעות: ציפיות להרשעות עלולות לייצר הרשעות.<sup>143</sup>

השפעה תקשורתית שלילית שלישית של פומביות הדיון שעלולה לפגוע בכבוד הפרט נוגעת בעידוד התקשורת ליהפך לשוטר, לתובעת, לשופטת ואולי גם לתליינית. הלהט הציבורי אחר סיקור המשפט הפלילי מוביל לתוכניות תחקירים, שלעיתים חורצות את אשמת החשוד ולעיתים אף מרחיקות לכת ומנהלות מבצע משטרת. למשל, בתחקיר של ערוץ 10 נעצרו שורה של חשודים כפרופילים שהגיעו למפגש עם "ילדה" – מעצר מול המצלמות.<sup>144</sup> הערוץ סיקר את התקדמות ההליכים ואף הציג סרטונים שבהם נראו החשודים מגיעים לפגוש את הילדה, ובהמשך נחקרים וננזפים על ידי המנחה. אתר המרשתת של הערוץ ליווה את התחקיר והציג את הסרטונים לצד שמותיהם המלאים של מושאי התחקיר וללא טשטוש פניהם. לאחר תקופה ממושכת הוסרו הסרטונים מהאתר, אך חלקם עודם זמינים ביוטיוב.<sup>145</sup> רבים מהחשודים הועמדו לדין, וכמעט כולם הודו והורשעו. תיק יחיד הגיע לבית המשפט העליון, אשר הותיר את ההרשעה אך הציג ביקורת לא קלה על "העיתונות השוטרת". תקשורת שמנהלת חקירות פליליות, ללא הערבות שההליך הפלילי מתיימר להציע, עלולה לפגוע בזכויות הפרט יתר על המידה,

140 עצינוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 770–773.

141 Beale, לעיל ה"ש 121, בעמ' 47.

142 בועז סנג'רו "לא רק סכנה, אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות' מאזני משפט י 67, 79–80 (2015); סטמרי, לעיל ה"ש 86, פרק א.

143 גם המקרה ההפוך – ציפייה לזיכוי – אפשרי, אך הוא נדיר במיוחד. אין זה סביר אומנם שלחץ ציבורי יוביל לזיכוי, אך ייתכן שגם בהעדר זיכוי ירוויח הנאשם משהו מהרוח הגבית בתקשורת – בין בהליך ובין בעונש. פרשת **אזריה** היא בעיניי דוגמה לחרב הפיפיות של התקשורת במשפט הפלילי. הפעם, כמו בתיק **זדורוב**, נתנה התקשורת במה אמיתית לטיעוני הגנה. השיח התקשורתית הרחב בסוגיה הקשה על בית המשפט לקבל הכרעה שתהיה נקייה לא רק מהשפעות תקשורתיות, אלא גם מחששות השופטים לחייהם. השיח הפתוח שהתנהל בנוגע לתיק בעודו תלוי ועומד יצר תוצאה שקוממה עליה רבים בציבור. מה שעובד על פי רוב לטובת המדינה עבד הפעם לחובתה. השוו אורנה אליגון דר "הציבור כופר באשמה: הסבל ההורי כמקור לאמפתיה כלפי נאשמים" **מאזני משפט יב** 203 (2019).

144 ראו ת"פ (שלום ת"א) 2507-08 **מדינת ישראל פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' רותם** (פורסם בנבו, 28.3.2011); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1137-07 **מדינת ישראל נ' בן גיא** (פורסם בנבו, 21.10.2009).

145 למשל, [www.youtube.com/watch?v=RjHkOvarmK0](http://www.youtube.com/watch?v=RjHkOvarmK0);

[www.youtube.com/watch?v=XXuidjwTh8g](http://www.youtube.com/watch?v=XXuidjwTh8g) (נצפו לאחרונה באוגוסט 2018).

ואף לפגוע בתפיסה הציבורית של המשפט הפלילי.<sup>146</sup> ההשפלה מתרחשת לא רק במישור של תקשורת ההמונים, אלא גם ברשתות החברתיות, שם נפתחו לאורך השנים דפים העוסקים בחשיפת פדופילים על ידי פרטים.<sup>147</sup> לעיתים אפילו ידוענים נטלו חלק בתהליך,<sup>148</sup> כחלק ממהלך ציבורי של חברות אבטחה ברשת.<sup>149</sup>

השפעה תקשורתית שלילית רביעית שעלולה לפגוע בכבוד הפרט עניינה יצירת שמועות ועננות של חשד. ככתוב לעיל, התקשורת מסוגלת להזם ולפזר את אלה, אלא שהיא גם מסוגלת – ולעיתים אף מעוניינת – לייצרן. למשל, האיסור החל על פרסום פרטי חשוד במשך ארבעים ושמונה שעות אין פירושו שהתקשורת אינה מסקרת חשוד שמעניין אותה. חשד פלילי כלפי ידוען או איש ציבור מושך עניין תקשורתי רב.<sup>150</sup> התקשורת אינה נבהלת מאיסור הפרסום, אלא דווקא מנצלת אותו היטב כדי להתחיל בגירוי צרכניה, כמו האקט השיווקי המוכר של קדימון (פרומו). "דוגמנית בין-לאומית מפורסמת נחשדת בעברות מס", "זמר מפורסם חשוד בעברות מין", ואפילו "אביה של זמרת מפורסמת חשוד בעברות מין" – כל אלה הן כותרות צהובות מסקרנות, שבוודאי ימשכו קוראים רבים למשחק ניחושים בן יומיים. אכן, מסתורין מספק את תאבונם של התקשורת והציבור הרבה יותר ממידע גלוי. גם לאחר החשיפה של פרטי החשודים לא יתפזרו השמועות והעננות, אלא אולי אף יתגברו, משום שפרטי החקירה ייוותרו בערפל. בהמשך, אם יוגש כתב אישום, יהיו עדיין מרכיבים סמויים רבים בתיק, כגון שיקולי התביעה ושיקולי ההגנה והתנהלותן בחדרי חדרים, ולפיכך הערפל אינו צפוי להתפזר. כך אף ביתר שאת אם התיק ייסגר לבסוף ללא הגשת כתב אישום, שאז חומר החקירה לא ייחשף אפילו לחשוד עצמו,<sup>151</sup> עדים לא יעידו ושופטים לא יכריעו, וזאת אף שמדובר בסוגיה שעניינה את התקשורת והציבור. לתופעה זו יש אפקטים מבישים – הן בשלב שבו הזהות טרם נחשפה, כאשר העננה עלולה להוביל את הציבור למסקנות שגויות

146 רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.1.2014). שופט השלום אף תהה אם מעשיהם של נציגי ערוץ 10 אינם מהווים עברות פליליות. ת"פ (שלום ת"א) 8371-07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.1.2010). לדיון בפרשה, בגלגולה המחוזי, ראו חיים ויסמונסקי "סוכנים וירטואליים לחשיפת פדופילים באינטרנט – בעקבות פרשת ערוץ 10" הסניגור 160, 5 (2010); אסף הרדוף "הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" הסניגור 160, 11 (2010); יורם רבין "חוקיותו של צייד עברייני מין פרטי ברשת" משפט מפתח 2, 7 (2014).

147 למשל, ארי פינס "סוף עונת הציד" mako 4.12.2014 [www.mako.co.il/weekend-articles/](http://www.mako.co.il/weekend-articles/) Article-0b0b62449761a41006.htm; צביה בלום "חייך, אתה פדופיל" mako 7.9.2017 [www.mako.co.il/home-family-weekend/Article-233a5995e8b5e51006.htm?sCh=7d61bdd9c9c4310&pId=1471243973&Partner=mw](http://www.mako.co.il/home-family-weekend/Article-233a5995e8b5e51006.htm?sCh=7d61bdd9c9c4310&pId=1471243973&Partner=mw)

148 רו שניק "קטע מהסרט: אביב נגד הפדופילים" ynet 7.6.2015 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,7.6.2015.L-4665795,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,7.6.2015.L-4665795,00.html)

149 "תפס פדופיל: אביב גפן נלחם בהטרדות ברשת" nrg 7.6.2015 [www.nrg.co.il/online/47/ART2/699/006.html](http://www.nrg.co.il/online/47/ART2/699/006.html)

150 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 307; עציוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 787; סטמרי, לעיל ה"ש 86, פרק א; Norris, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1574–1575.

151 בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל – מחוז ירושלים, פ"ד סב(1) 106 (2006).

בדבר זהותו של הפרט החשוד ולייצר תפיסות שליליות לגבי מי שאינם חשודים כלל; והן בשלב שלאחר מכן, בהינתן שהמתאבן יצר אפקט מגביר פרסום לסוגיה, אשר מחזק את הביוש הנגרם לחשוד מרגע פרסום שמו.

השפעה תקשורתית שלילית **חמישית** שעלולה לפגוע בכבוד הפרט, ואשר קשורה להשפעה הקודמת, היא ההדלפות. ההדלפות עלולות להיות כרוכות בעברה על החוק,<sup>152</sup> בהפרת אמונים ובהפרת חובות אתיות. הדלפות הן חלק מובנה מעקרון פומביות הדיון, משום שלצדדי המשפט ולשחקניו יש כמעט תמיד מה להרוויח ומה להפסיד בתקשורת. לעיתים ההדלפות מכוונות להשפיל גורם כזה או אחר, במגמה לפגוע בשמו ובטיעונו באמצעות מידע בלתי מבוסס או באמצעות מידע שאינו קביל בבית המשפט. שוטרים, תובעים, סנגורים, שופטים, מתלוננים ועדים – כל אלה מדליפים לתקשורת, לאו דווקא מידע שלם ומדויק. הדבר עלול לא רק להפריע למהלך החקירה,<sup>153</sup> אלא גם לגרום לפגיעה בכבוד. סנגור יכול להדליף חומרי חקירה כדי להתלונן בהמשך על כך שנערך לנאשם משפט שדה בתקשורת, והוא יכול גם להדליף מידע על המתלוננת במגמה להשחירה בציבור. מן העבר האחר, תובע, מתלונן או משפחתו יכולים להדליף מידע כדי לייצר אנטגוניזם ולפגוע בשמו של הנאשם.<sup>154</sup>

השפעה תקשורתית שלילית **שישית** – אחרונה ומעניינת במיוחד – שמתקשרת לכבוד הפרט נוגעת בהחלטה אם לנהל את המשפט. קיימים מצבים של ניהול הליך סרק במגמה להפיק רווח תקשורתי. כך, נאשמים מסוימים – לדוגמה, בעברות אידיאולוגיות – עלולים לא רק לנהל משפט כדי להרוויח מבחינה תקשורתית ולקדם אידיאולוגיה עבריינית,<sup>155</sup> אלא אפילו לבצע עברות מסוימות לשם כך.<sup>156</sup> עניין זה אינו כרוך בכיוש בהכרח, אולם תמונת המראה שלו דווקא מאירה בחדות את הביוש בהליך הפלילי: אי-ניהול משפט מחשש ליצירת הד פומבי. נאשם שטרם משך תשומת לב תקשורתית, ואשר יש באמתחתו טיעון משפטי עקרוני מעניין וראוי לדיון, עלול לוותר עליו דווקא

152 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 253–254.

153 Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 13.

154 השו"פ לג, לעיל ה"ש 98, בעמ' 202.

155 מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים **הסתה, לא המרדה – ההמרדה ביני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי** 33 (1997); Dhammika Dharmapala & Richard H. McAdams, *Words That Kill? An Economic Model of the Influence of Speech on Behavior (with Particular Reference to Hate Speech)*, 34 J. LEGAL STUD. 93, 110 (2005). מאידך גיסא, ניתן לסבור שבית המשפט יכול לסתור את הפגיעה שיש במתן הבמה באמצעות העברת מסר חזק משלו. השו"פ William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1882 (2000).

156 כמובן, ניהול הליך סרק עשוי להתקשר לא רק לרצון הנאשם, אלא גם לאינטרסים של הסנגור, שצפוי להרוויח מפרסום חינם במשפט המעורר עניין תקשורתי. בהקשר זה הוא עלול להימצא בניגוד אינטרסים: טובת הלקוח עשויה להיות סגירה שקטה של התיק, ואילו טובת הסנגור היא לייצר תקדים משפטי או הישג תקשורתי שימשכו אליו לקוחות עתידיים. סנגור הגון יעדיף בוודאי את טובת הלקוח; סנגור שאפתן עלול לשכנע את הלקוח – ואולי גם את עצמו – שראוי להילחם עד הסוף. גם תובע עלול להיות מושפע בבחירותיו מהרווח התקשורתי שעשוי להיות לו מניהול משפט.

בשל הפוטנציאל הגבוה שבו. זאת, עקב ההבנה שטענת ההגנה שלו, דווקא בשל חוזקה, עלולה להפוך את התיק לא רק לראוי לדיון משפטי, אלא גם למושא לדיון ציבורי, על כל השיפוטיות והפגיעות בכבוד הכרוכות בכך. טענה מעניינת בבית משפט השלום צפויה למשוך עניין תקשורתי פחות מטענה דומה בבית משפט מחוזי, וזו צפויה למשוך עניין פחות מטענה שתידון בבית המשפט העליון. תקדימים עקרוניים בבית המשפט העליון, דוגמת **יששכרוב**<sup>157</sup> ו**בן חיים**,<sup>158</sup> מהדהדים לא רק בפקולטות למשפטים, אלא גם בגוגל ובוויקיפדיה. אפילו ניצחון משפטי של נאשם בבית המשפט העליון עלול ליהפך לתבוסה חברתית, לא כל שכן תבוסה משפטית שלו. הכתם על שמו יהדהד הרבה לאחר שהמשפט יסתיים, לאחר שהמורשע יסיים לשאת את עונשו, ואפילו לאחר שהעברה תתיישן.

רוב העברות, גם החמורות ביותר, מתיישנות ונמחקות מהמרשם הפלילי, כעולה מסעיף 16 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. תוצאות ההתיישנות והמחיקה הינן דרמטיות, כעולה מסעיפים 19 ו-20 לחוק, ובאות לאפשר לפרט להמשיך בחייו מבלי שהדין הפלילי ירדוף אותו לנצח; המחוקק אפילו מתיר לו להשיב בשלילה על השאלה אם יש לו עבר פלילי. האינטרס שאדם שהורשע ימשיך בחייו אינו רק שלו, אלא גם של החברה כולה, שכן מי שאינו יכול לחזור לעולם הנורמטיבי סופו שיידחק בחזרה לעומקו של עולם הפשע.<sup>159</sup>

אולם מה שנמחק מהמרשם הפלילי אינו נמחק מאתרי המשפט, ואף לא מהרשת. אדם המבקש לשוב לחברה, לתקן, להתקדם ולצמוח עלול לגלות את שמו ברשת, ואפילו בסילבוס של קורס משפטי. הקלדת שמותיהם של נאשמים רבים במנועי חיפוש מציגה בראש הרשימה קישורים לאתרים משפטיים מובילים, ואף שלא כל התוכן גלוי, די במה שגלוי לפגוע בשמם הטוב ובזהותם הווירטואלית, אשר חשובה בימינו עד מאוד.<sup>160</sup> לנוכח זאת רבים מוותרים על טענות משפטיות מעניינות, וייתכן שרבים יוותרו אפילו על עצם הכפירה באשמה ויגיעו חלף זאת להסדר עם התביעה שבמסגרתו הם יזכו בתווית המבוקשת "פלוגי", לעיתים אפילו תוך נכונות לשבת בכלא.<sup>161</sup> כלומר, טענות הגנה ראויות נהפכות לחרב פיפיות בגין פומביות הדיון, ונאשמים ששמם וכבודם חשובים

157 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006).

158 רע"פ **בן חיים**, לעיל ה"ש 61.

159 Ardia & Klinefelter, לעיל ה"ש 120, בעמ' 1840.

160 הבעיה לובשת לעיתים צורה אחרת כאשר שמו של המורשע זהה לשמו של חף, וכך גם עיסוקו, וכתוצאה מכך החף מצטרף למעגל הנפגעים מהפרסום. ע"א 1139/17 **מילר נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**, פס' 2-4 (פורסם באר"ש, 19.11.2017).

161 נאשם באינוס מקוון הועמד לדין בשמו, והחלטת המעצר שלו פורסמה עם שמו (עותק בידי המחבר). מאוחר יותר הוא הגיע להסדר עם התביעה שבו הודה במעשים מגונים מקוונים, והצדדים טענו לעניין העונש. בערעורו נהפך שמו ל"פלוגי" בלי כל סיבה נראית לעין. ע"פ 2656/13 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 21.1.2014).

להם עלולים לוותר על טענות מזכות או מקילות בכוח, כדי למנוע את הפגיעה הקשה שהפומביות עלולה להסב להם.<sup>162</sup> אם כן, גם אם נתעלם מהשפעות שליליות נוספות של התקשורת על ההליך הפלילי הנובעות מפומביות הדיון,<sup>163</sup> אין להתעלם מההשפלה הנובעת מכך. הדברים מתחדדים במציאות הטכנולוגית של ימינו. בעבר פורסמו פרטי החשוד או הנאשם באמצעי תקשורת ההמונים: הטלוויזיה, הרדיו והעיתונות. אמצעי תקשורת אלה מתאפיינים בריכוזיות ובחד־סטרייות: לציבור הרחב יש גישה אליהם כצרכני מידע גרידא, ולא כיצירני מידע. עניין קשור הוא האחריות שמאפיינת גורמים ריכוזיים, מה שמתקשר בוודאי לכיס העמוק שיש להם ולכך שמדובר בגורמים גדולים, מעטים ונייחים שקשה להם להתחבא ("פילים"), לעומת שחקנים קטנים, ניידים, מבוזרים, רבים ואנונימיים ("עכברים").<sup>164</sup> אחריות זו מתבטאת, בין היתר, בסינון תכנים ובעמידה מסוימת על

162 הפגיעה שנובעת מכך אינה רק בנאשמים, אלא גם בהתפתחות המשפט. הנאשמים מוותרים על טענות ראויות, בית המשפט אינו בוחן אפילו אם העובדות שבהן הם הודו מהוות עברה, אלא ממחר להרשיע, וכאשר התופעה מתרחבת, הסיכוי לקבל טענת הגנה שתעלה בהקשר שבו אחרים כבר הודו והורשעו בעבר מצטמצם, ואולי אף מתאפס. אסף הרדוף "פסיכיים שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי־סודיות ובעיית השקר המשפטי" **המשפט** כד 39 (2018).

163 קיימות השפעות שליליות נוספות לפומביות הדיון, שעליהן לא הרחבתי בגוף הטקסט משום שהן אינן מתקשרות לביוש דווקא. לדוגמה, השפעה שלילית נוספת נוגעת במה שנקרא "נוק קייני". דיווחים בתקשורת על חשדות כאלה ואחרים עלולים לעורר גל של חקויים, וכך לעודד את הפשע במקום לדכאו. Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 19–20; JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 232–243 (1984). באופן דומה, היו שהביעו חשש שפרסום תקשורתי על רצח ילדים בידי הוריהם יוצר "אפקט הדבקה" ועלול לעודד מקרי רצח דומים נוספים. עניין זה נדון אף בכנסת: פרוטוקול ישיבה מס' 123 של הוועדה לזכויות הילד, הכנסת ה-20 נוספים. עניין זה נדון אף בכנסת: פרוטוקול ישיבה מס' 123 של הוועדה לזכויות הילד, הכנסת ה-20 (10.1.2017) fs.knesset.gov.il/20/Committees/20\_ptv\_382809.doc. כלומר, אם קודם לכן נכתב על הגשמת המשפט הפלילי והמחשת האפקטיביות שלו באמצעות התקשורת, ניתן לסבור שמדובר דווקא בירי עצמי, וזאת מתוך תפיסה שדיווח על פשע מייצר פשע, נותן רעיונות לפושעים פוטנציאליים ומשחרר בהם עכבות. השפעה תקשורתית שלילית נוספת היא שינוי סדר העדיפויות האכיפתי או אפילו עיצובו על ידי גורם שאין סיבה ערכית שדווקא הוא יעצבו. כך, ככל שהתקשורת מביעה עניין בעברה מסוימת, הסיכוי לאכיפתה גדל; ואילו חוסר עניין של התקשורת מגדיל את הסיכוי לזניחתה. השפעה תקשורתית שלילית נוספת היא פגיעה בלגיטימציה של מערכת המשפט, ואפילו איום פיזי על גורמים בה. הביקורתיות התקשורתית כלפי גורמים שונים והכרעות שונות אינה עניינית ומעמיקה תמיד, ולעיתים אינה באה כדי לשפר את המערכת, אלא כדי לייצר התעניינות וזעם ציבוריים, ובעיקר מדרוג גבוה. התעמקות בלתי פוסקת בפרשה מסוימת עלולה לייצר זעם ושנאה כלפי שופטים, תובעים, שוטרים וכדומה, ולהפריע לתהליך השיפוטי. למשל, התקשורת סבבה סביב פרשת **אזריה** בלי הרף, ופוליטיקאים ובעלי תפקידים בכירים הביעו דעות בציבור באופן שהיה עלול להשפיע על המשפט. בשלב מסוים נאלצה המדינה להקצות מאבטחים לשופטים ולתובע בגין איומים על חייהם. הדבר מתקשר גם להתקוממות של התקשורת והציבור לנוכח האמת המשפטית שמושגת והפער בינה לבין האמת התקשורתית. ראו הרדוף, לעיל ה"ש 105, בעמ' 279.

Peter P. Swire, *Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the* 164



איוון והצגת צידו האחר של המטבע (וצדדים שלישיים, אם ישנם). כמו כן, הגורמים הריכוזיים יוצרים תכנים שמוגבלים מאוד מבחינת יכולת החיפוש והאחזור: מה שכבר פורסם איבד חלק עצום מנגישותו, ואף שקיימים ארכיונים, לא קל להגיע בהם למידע מסוים, ובוודאי לא קל להפיצו מחדש. שני מאפיינים אלה קרסו בעולם המרשתת בכלל ובעולם הרשתות החברתיות בפרט. הריכוזיות עודנה קיימת – למשל, בפורטלים (פורטלים) מובילים – אך לפרט יש כיום שפע הזדמנויות לא רק לצרוך תוכן, אלא גם לייצרו, אם על ידי כתיבת תגובות בפורטלים ואם על ידי יצירת תוכן מורכב יותר ברשתות החברתיות. לצד זאת, אף שלא הכל נשמר, כמות מידע עצומה זמינה ברשת, יכולת החיפוש והאחזור בולטת מאוד בעולם המקוון, ומנועי חיפוש משוכללים מקילים מציאת ישן כחדש. גם מי שאינו מנוי על האתרים המשפטיים יכול למצוא ראיות למשפט פלילי נגד אדם מסוים.<sup>165</sup> מהירות הפרסום גברה באופן דרמטי, וכמוה גם היחלשות המסננות העריכתיות.<sup>166</sup> מרגע פרסום זהותו של חשוד, באותם מקרים שמעוררים סקרנות ציבורית, הפרסום באמצעי תקשורת ההמונים הוא רק ההתחלה.

בישראל עלתה השאלה שמא כיום, בהינתן החשיפה הרחבה ברשת, פרסום פסק דין יביא לידי הכתמת שמו של המורשע לצד ובכך ימנע ממנו אפשרות להשתקם. בית המשפט העליון נתן רשות ערעור לנוכח עקרונות הסוגיה והשלכותיה, וציין כי לצד יתרונות הפרסום ברבים במרשתת והגשמת התכליות שבבסיס עקרון הפומביות, קיימות גם השלכות לא פשוטות בדמות פגיעות אפשריות קשות בחשודים, בנאשמים ובמורשעים. אולם לבסוף מיאן בית המשפט לערוך שינויי איוון בעצמו כל עוד המחוקק לא שינה את דברו.<sup>167</sup>

אם כן, פומביות הדיון כרוכה בפגיעות מגוונות – בכוח ובפועל – בכבוד הפרט. אומנם, אם אין התעניינות ציבורית בהליך מסוים, הפגיעות מצטמצמות. אולם ראוי

*Internet*, 32 INT'L LAW. 991, 993 (1998); Peter P. Swire, *Elephants and Mice Revisited*:

*Law and Choice of Law on the Internet*, 153 U. PA. L. REV. 1975, 1979 (2005)

165 כבר לפני כעשרים שנה, בעולם מקוון מורכב ועשיר הרבה פחות, מצא פריט ייחוד במרשתת לעומת טכנולוגיות קודמות – טלגרף, טלפון, רדיו, טלוויזיה, כבלים ולוויין – שהתבטא בעיקר במחסומי הכניסה הנמוכים מאוד. Henry H. Perritt, Jr., *Cyberspace and State Sovereignty*, 3 J. INT'L LEGAL STUD. 155, 158–161 (1997).

166 פוג'ן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 116–120.

167 רע"פ קטיעי, לעיל ה"ש 146, פס' 17–20 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 3–9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. עוד ראו מעין שמעוני "סעיפים 68–70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] – פומביות הדיון אל מול הפגיעה בפרטיות עקב פרסום פסקי דין באינטרנט" **חוקים בקצרה** 1 (מרץ 2010); פוג'ן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 84–85. מעניין שכאשר האיוון הקיים בחוק הוא לרעת הנאשם, בית המשפט ממתין להתערבות המחוקק; לעומת זאת, כאשר מילות החוק הקיים נוחות לנאשם אך לא לאינטרס הציבורי, בית המשפט נוטה לא להמתין למחוקק, אלא לפרש את החוק כך שיתאים לערכיו. אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפוט-יתר וחירות-חסר: על פסיביות חקיקתי ואקטיביות ליטיגטור-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות אי-המשפט" **מאזני משפט** יב 55 (2019).

לזכור: מה שלא זכה בכחבה בטלוויזיה עשוי לזכות בכותרת בעיתון; מה שלא זכה בכותרת בעיתון עשוי לזכות בכותרת במקומון; ומה שלא זכה בכותרת במקומון עשוי לזכות בסטטוס ברשת חברתית, במעגל החברתי של הפרט, בני משפחתו וחבריו. מעבר לכך, פסק דין שניתן זמין במאגרי מידע משפטיים, ועקב כך שם הנאשם יופיע גם במנועי החיפוש. פגיעה זו בזהות הווירטואלית, שהיא ממשאבי המוניטין החשובים של עידן המידע, אומנם דרמטית פחות מסיקור בערוצים המובילים, הן מבחינת הפרט וכבודו והן מבחינת הפגיעה הפריפריאלית בסובביו, אך עודנה רחוקה מלהיות זניחה. כלומר, אין להקל ראש בפוגענותה של הפומביות גם לגבי תיקים שחלק גדול מהציבור לא שמע עליהם, שכן יש להניח שחלק קטן אך רלוונטי וחשוב ביותר לפרט (ואולי אפילו חשוב מכל מבחינתו) – הקהילה שבה הוא חי – שמע עליהם גם שמע. הדיון בזכות להישכח אינו צריך לשכוח את חלקה של המדינה בסטיגמטיזציה האנושית.<sup>168</sup>

## 5. חשוד, נאשם, מורשע – פילוח הליכי של הרציונלים וביקורת ראשונית עליהם

לנוכח כובד משקלם של הרציונלים נגד פומביות הדיון, מבחינת הפגיעה בכבוד הפרט ומבחינות נוספות, אשוב כעת לרציונלים בעד פומביות הדיון, אבחן את הקשר בינם לבין ה"מעמדות" השונים של הפרט מושא ההליך הפלילי – חשוד, נאשם ומורשע – ואציע שחלק מהרציונלים אינם חזקים לגבי חלק מהמעמדות. בד בבד אצביע על קשיים כלליים בחלק מהרציונלים. למען שלמות התמונה אבחן בסיום התת-פרק גם את הרציונלים נגד פומביות הדיון מבחינת הקשר שלהם למעמדות השונים.

חשוד, נאשם ומורשע – כל אלה מצויים על פְּנוֹנת האכיפה, וכולם עברו את מסגרת העניין הציבורי, מי במשטרה<sup>169</sup> ומי בתביעה.<sup>170</sup> הבדל בולט בין השלושה עניינו כרונולוגיה: קודם חשוד, אחר כך אולי נאשם, ולבסוף אולי מורשע. הבדל טכני פחות נוגע במסגרת שמבדילה בין השלושה, קרי, הרף הראיתי שיש לעמוד בו. רף זה נמוך למדי לגבי חשוד,<sup>171</sup> גבוה יותר לגבי נאשם,<sup>172</sup> וכשיא גובהו לגבי מורשע – מעבר

168 באירופה הזכות להישכח מקורה בעיקרון הצרפתי שאפשר למורשע, לאחר שנשא את עונשו, למנוע חשיפה של פשעו וכליאתו, במגמה לאפשר את שיקומו. Keiter, לעיל ה"ש 39, בעמ' 423 ר-434.

169 ס' 59 לחסד"פ; בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989).

170 ס' 62 לחסד"פ; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מדר(2) 485, פס' 24–29 לפסק דינו של השופט ברק (1990).

171 ב"ש"פ 6350/97 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, תק-על 1997(3) 123; בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12–13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 8.12.2011); יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתית?" הפרקליט נד 43, 49–51 (2016).

172 בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, פס' 1–6 ר-21–22 לפסק דינו של השופט גולדברג (1997).

לספק סביר.<sup>173</sup> המסננת הגסה יותר של המשטרה פירושה שחפים רבים יחסית עוברים אותה ב"הצלחה", כמובן הראייתי, ולצידם גם אשמים שבהמשך יוחלט כי אין עניין לציבור בהאשמתם או אין בסיס להאשמתם. גם המסננת של התביעה גסה במעט מזו של בית המשפט, שאם לא כן לא היו זיכויים כלל. המסננת השיפוטית שייכת לגוף המתיימר להיות אובייקטיבי יותר, ומופעלת באמצעות כור ההיתוך של ההליך הפלילי, הלא היא החקירה הנגדית, שאינה קיימת במשטרה ובתביעה. הבדלים אלה עשויים להשפיע על האיזון בעניין הפרסום.<sup>174</sup> לבונטין, למשל, הציע התנגדות רחבה לפרסום שמות חשודים, אך לא התנגד לפרסום שמות נאשמים, בטענה שרוב כתבי האישום החמורים מסתיימים בהרשעה, בעוד חלק ניכר מהחשודים אינם מועמדים כלל לדין. להבדל בין סיכוי נמוך לזיכוי לבין סיכוי סביר לסגירת התיק יש משמעות מכרעת לעניין הפרסום. לגישתו, לא המשפט הוא לב ההליך הפלילי, אלא ההחלטה להעמיד לדין, שהיא המסננת העיקרית המבדילה בין מי ששמו מוכתם בצדק לבין מי שאין מקום להכתים את שמו.<sup>175</sup>

אף שקיים היגיון בהבחנות נורמטיביות מגוונות בין חשודים לנאשמים, ניתן להציע אמירה שונה. אומנם במציאות המשפטית הישראלית התביעה מסננת החוצה הרבה יותר מכפי שעושה אחריה בית המשפט, ואחוז ההרשעות גבוה מאוד,<sup>176</sup> אולם טיעון שלפיו רוב הנאשמים יורשעו ממילא הינו מסוכן, מקומם ולא רלוונטי. הטיעון מסוכן ומקומם משום שלפי רוחו גם אין טעם לנהל משפט הוכחות; אם התביעה סבורה שהפרט אשם, ואם אחוז ההרשעות כה גבוה, מדוע לבזבז זמן ומשאבים? הטיעון אינו רלוונטי, משום שגם אם אנו סבורים שאת המורשעים יש להוקיע – כעולה מפרק א לעיל – סטטיסטיקה של הרשעות אינה מצדיקה פגיעה בלתי הפיכה בנאשמים חפים שזוכו. כותרת תקשורתית על הזיכוי, אם תהיה בכלל, לא תצליח לטהר את שמו של מי שהושם על המוקד לפני כן.<sup>177</sup>

לאחר האמירות האינטואיטיביות הכלליות שלעיל על מי ששמו ראוי להגנה יותר או פחות, אבקש לפלח בפרק זה את הרציונלים שהוצעו לעקרון פומביות הדיון לפי מעמדו של הפרט מושא ההליך הפלילי – חשוד, נאשם או מורשע. לבונטין הציע פילוח מעניין ומאיר עיניים כדי לזהות אילו חשודים ראויים להגנה מפני פרסום – "אינדיבידואליזציה

173 יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדיון הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463 (2007); דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי – מידת ההוכחה מעבר לספק סביר והבחנה בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מוחלט (2017).

174 עניין חדר, לעיל ה"ש 96, פס' 13.

175 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 256–257.

176 בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם 178–179 (2014); סנג'רו, לעיל ה"ש 142, בעמ' 74–79. גם רוב התיקים שאינם מסתיימים בהרשעה אינם מסתיימים בזיכוי, אלא בעיקר בקביעת ביצוע העברה ובהימנעות מהרשעה. משרד המשפטים פרקליטות המדינה – סיכום שנה 2017 30 (2018).

177 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 277.

של הפרסום.<sup>178</sup> אבקש להציע צעד נוסף ולבחון אינדיווידואליזציה של הרציונלים בעד פרסום. כלפי אילו מעמדות הרציונלים מספקים תמיכה אמיתית בפומביות? על פני הדברים, הרציונל של עידוד תלונות מתאים בעיקר לחשוד, ופחות לנאשם ולמורשע.<sup>179</sup> גם לגבי חשודים הרציונל אינו חזק תמיד, אלא רק לגבי מי שיש סיבה להניח שביצע עברות דומות אחרות, קרי, רצידיביסט. תיקים שונים, דוגמת עברת רשלנות מקרית, מעידים על עצמם כחד-פעמיים. הסיכוי שפרסום שמו של אדם שלפי החשד ביצע עברת רשלנות יחידה יוליד תלונות נוספות, בגין עברות קודמות, אינו גבוה בהכרח מהסיכוי שפרסום שמו של כל אדם בתקשורת יוביל לתלונות נגדו בהקשרים מגוונים. אכן, המציאות מגלה שלא אחת צצים חשדות כלפי אנשים המועמדים למשרה בכירה, לאחר החשיפה התקשורתית שבה זכו, אף מבלי שהחשיפה הייתה כרוכה בהצבת חשדות. כלומר, לא רק פרסום חשדות מוביל לתלונות נוספות; הזרקור התקשורתי כשלעצמו מוביל לתלונות ולחשדות.

ניתן וראוי לחשוב על עברות שבהן אין סיכוי גבוה לרצידיביזם, ולפיכך רציונל זה אינו מתקיים. ניתן אף להציע, לנוכח הפגיעות הנגרמות לפרט מפרסום פרטיו, כי מי שצריך לשאת בנטל – לפחות בעברות מסוימות – הוא מי שטוען לרצידיביזם, ולא מי שטוען להעדרו. ברוח חוקתית, כל רשות שלטונית צריכה לכבד את זכות הפרט לשם טוב, באשר "שמו של אדם הוא זקיפות קומתו וכותרת הישגיו", וההגנה עליו היא לב ליבו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>180</sup> כלומר, ייתכן שהרצון לעודד תלונות נוספות אינו מצדיק פגיעה בלתי הפיכה בחשוד, ושראוי לתור אחר דרכים פוגעניות פחות לממשו, לנוכח השלב המוקדם של ההליך והרף הראייתי הנמוך יחסית, מצד אחד, ולנוכח הקלון<sup>181</sup> המדינתי הבלתי-ניתן לתיקון, מצד אחר.<sup>182</sup> עוד ראוי לשים לב שהדין הפלילי לוקה באופן כללי בתת-דיווח.<sup>183</sup> עם בעיה זו ראוי להתמודד באופן מערכתי, ולא רק לגבי חשוד מסוים. בישראל אין חובת דיווח כללית על עברות,<sup>184</sup> אפילו על פשעים חמורים, ולטעמי טוב שכך; אולם ראוי לעודד הגשת תלונות והעברת מידע למשטרה, על ידי יצירת תמריצים מתאימים ושיפור של היחס

178 שם, בעמ' 307–314.

179 למעט, אולי, כאשר מדובר בנאשמים בעלי מעמד, שאז פרסום מאותת על חזקת המשפט הפלילי גם לגבי גורמים כאלה, ועשוי לעודד הגשת תלונות על גורמים חזקים אחרים.

180 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 301.

181 Norris, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1591.

182 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 251–252.

183 בעיה זו בולטת, למשל, במרשתת. Stevan D. Mitchell & Elizabeth A. Banker, *Private Intrusion Response*, 11 HARV. J.L. & TECH. 699, 708–709 (1998); Neal Kumar Katyal, *Digital Architecture as Crime Control*, 112 YALE L.J. 2261, 2278–2279 (2003) היא קיימת כמובן גם בחלל הפיזי. Bruce P. Smith, *Hacking, Poaching, and Counterattacking: Digital Counterstrikes and the Contours of Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 171, 172 (2005).

184 לחריגים ספורים, עם שיניים חלשות, ראו ס' 368 לחוק העונשין; תק' 144 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961.

לפונים ושל הטיפול בהם ובתלונותיהם. באופן נקודתי, גופים פרטיים, דוגמת "אחת מתוך אחת", מחזיקים מאגר מידע של שמות אנשים אשר לפי הטענה ביצעו עברות מין, ואם מצטברות תלונות נגד אותו אדם, הם מעבירים את המידע למתלוננות קודמות ומאפשרים להן לבחור אם לגשת למשטרה במצב שבו הן יודעות שהן אינן לבד במערכה. בכך מושג הרציונל של קידום האמת והצדק, בלי הפרסום, הקושי והביוש שנלווים לעצם החקירה הראשונית במשטרה. מה שגוף פרטי יכול לעשות גם המשטרה יכולה בוודאי לעשות. הדין הפלילי יכול ללמוד מהזירה החברתית: ניתן לקדם הליך שהוא קדם-תלונה, בלי יומרה מיידית להוביל לחקירה, שבמסגרתו מתלוננים יוכלו לדבר בחופשיות וללא חשש שהם ייכללו להליך הפלילי. מרגע שתתקיים הצלבה, יודעו המתלוננים ויבחרו אם להגיש תלונה פורמלית, לקראת הליך פלילי מלא שיאפשר את השגת מטרותיו של הדין המהותי.

גם הרציונל של איסוף מידע מתחבר בעיקר לחשוד, פחות לנאשם ועוד פחות למורשע, אם בכלל. הרציונל ניתן לפילוח בהתאם לציפייה לעדים נוספים, שאינה מובנית בכל חקירה. אולם להבדיל מקודמו, רציונל זה מציע למעשה תמיכה חלקית בלבד בפומביות: תמיכה בפרסום המקרה, אך לא דווקא בפרסום פרטי החשוד. לדוגמה, פרסום על תאונת דרכים מסוימת במגמה לחפש עדים לתאונה, אפילו כאשר כבר יש חשוד, אינו מחייב בהכרח לחשוף את זהות החשוד – ובמצבים שונים אף לא את תיאורו – כדי להגיע לאמת, משום שהמידע המבוקש נוגע באופן התנועה בכביש.

הרציונל של אזהרה מסכנה מתקשר בעיקר לחשוד ולנאשם, ופחות למורשע. המורשע המסוכן יטופל בדרכי הענישה החוקיות, בהנחה שאלה יאפשרו לנטרל את מסוכנותו או לצמצמה. החשוד והנאשם אינם ניתנים עדיין לענישה פורמלית, ולכן הטיעון שמסוכנותם אינה מנוטרלת מתחזק. אולם גם טיעון זה בעייתי. אם המשטרה והתביעה סבורות שחשוד או נאשם מסוים מסוכן, הן פונות לכלי מוכר ופוגעני במיוחד – המעצר. המעצר, כזכור, מבקש למנוע או לצמצם מסוכנות. אם רשויות האכיפה, ובהמשך להן הרשות השופטת, סבורות שחשוד או נאשם הוא מסוכן, הוא ייעצר במעצר ממשי או במעצר בפיקוח אלקטרוני, או למצער ישוחרר בתנאים מגבילים שאמורים לפרוק את מסוכנותו. השימוש בכלים פוגעניים אלה שומט לפחות חלק מהקרקה שבבסיס הטיעון שיש להתמודד עם המסוכנות באמצעות פרסום דווקא. לחלופין, אם המשטרה והתביעה אינן סבורות שהחשוד או הנאשם מסוכנים עד כדי צורך לפנות לבית המשפט ולבקש להגבילם, אזי יש בכך כדי להחליש מאוד את הסברה שדרוש פרסום כדי להתמודד עם מסוכנות. אם קיימת מסוכנות כזו, אשר אינה מספיקה למעצר אך ראוי לצמצמה, תנאים מגבילים יוכלו להשיג את המבוקש, למשל על ידי הגבלת המשך העבודה, הכהונה או התנועה של הפרט, בין בהסכמתו ובין בלעדיה.<sup>185</sup>

הרתעה ועונש הינם רציונל בעייתי מאוד לפומביות הדיון. חשוד ונאשם, אשר נהנים באופן פורמלי מחזקת החפות, אינם ניתנים לענישה, ואין זה סביר להרתיע אחרים באמצעות פגיעה בהם. כשם שמעצר אינו מהווה אמצעי ענישה והרתעה – או לפחות כך

185 קיטאי סנג'ורו **המעצר**, לעיל ה"ש 64, פרק 8.

נהוג לכתוב<sup>186</sup> – גם פומביות הדיון אינה מהווה אמצעי פורמלי לכך לגבי חשודים ונאשמים. לגבי המורשע, לעומת זאת, גינוי והרתעה הם כאמור משיטות הפעולה של הדין המהותי, אך ייתכן שהם אינם מחייבים זיהוי מלא של הפרט, ושהם עשויים לפעול גם בלעדיו. בהינתן כלי הענישה המגוונים והפוגעניים, אפשר שמדובר בפגיעה עודפת בזכויות החוקתיות של המורשע.<sup>187</sup> פסק דין יכול להעניש ועשוי להרתיע גם ללא שם הנאשם, והימנעות מפרסום השם עשויה לצמצם את הד הפגיעה בפרט ולהבטיח שפגיעת המשפט הפלילי תהיה סופית בזמן ולא תלווהו כל חייו – אינטרס שהוא לא רק שלו, כאמור.<sup>188</sup> האין די בשלילת חירות הפרט ובפגיעה בפרטיותו, בקניינו ובכבודו בהיותו במאסר? האם צריך לשלול ממנו גם את כבודו הציבורי על ידי יצירת תהודה לסיפורו?<sup>189</sup>

כמובן, במקרים שבהם מערכת המשפט סבורה כי מסוכנותו של הפרט תלווהו גם לאחר שסיים לשאת את עונשו מתחזק הטיעון בעד פרסום פרטיו (אף שניתן לטעון כי פרסום כאמור אינו מנטרל באמת את הסכנה). אך לצד זאת מתחזק גם הטיעון שעל מערכת המשפט לפתח כלים מתאימים לפריקת מסוכנותו של הפרט תוך כדי נשיאתו בעונש או סמוך לאחר מכן, דוגמת חיזוק שירות המבחן.<sup>190</sup>

אפילו לגבי מורשע שנושא את עונשו אין זה מובן מאליו שהתקשורת תבור בבקשותיו כאסיר או תציג את צילומיו מכלאו. חלק ניכר מתופעה זו אינו בא בשם מטרת המשפט הפלילי, אלא בגין הלהט הציבורי לראות אנשים מצליחים – פוליטיקאים או בדרנים – בשעת נפילתם.

כל האמור לעיל מתחבר לאחת ההשפעות התקשורתיות החיוביות של פומביות הדיון – המחשת האפקטיביות של המשפט הפלילי. אולם אפשר להמחיש שהמשפט הפלילי פועל גם ללא פרסום של פנים ושמות.

באשר להשפעות תקשורתיות חיוביות אחרות, דומני שהרציונל של הגברת היסודיות אינו ניתן לפילוח מעמדי, שכן הוא רלוונטי הן לגבי חשודים, הן לגבי נאשמים והן לגבי מורשעים. אולם הצגתי לעיל טיעוני-נגד חזקים לרציונל זה, המדברים על השפעות תקשורתיות שליליות. יתר על כן, גם קידום היסודיות יכול להיעשות ללא פרסום נתוניו של הפרט החשוד, הנאשם או המורשע, וזאת באמצעות מבט ביקורתי על המשטרה,<sup>191</sup> על התביעה, על הסנגוריה ועל בית המשפט. ניתן לבקר בחריפות את כל אלה מבלי

186 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 64, בעמ' 631.

187 השו"ע"פ 4424/98 סילגודו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 539–540 (2002).

188 השו"ע ציוני, לעיל ה"ש 98, בעמ' 788.

189 כדברי השופט חשין בהקשר אחר, "בהיכנסו אל כלא מקפח אדם את חירותו. את חירותו מקפח אדם – את כבודו אין הוא מקפח. כבודו של אדם יהיה עמו באשר יילך ויבוא, וכבודו בכלא ככבודו אל מחוץ לכלא... ובמקום שבעל סמכות יפגע ללא הצדק בכבודו של אסיר – בכבודו כאדם – יאמר בית המשפט את דברו צלול וברור". ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 172 (1996).

190 Owens, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1055.

191 השו"ע Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 9–10.

להזכיר את שם הפרט או להראות את פניו.<sup>192</sup> כעניין סיפורי הדבר מוסיף כמובן,<sup>193</sup> וניתן גם לגרוס שפרסום נתוני הפרט הופך את הסיפור לאמיתי בעיני הציבור. אולם לא בטוח שצבירת אמינות היא סיבה מספקת להתיר למערכת לפגוע בכבוד הפרט פגיעה בלתי הפיכה.

באשר לרציונל של פיזור העננות והשמועות, גם הוא כקודמו תקף לגבי שלושת המעמדות, אך גם נגדו קיימים טיעונים חזקים, כאמור לעיל. מכל מקום, ניתן לחשוב על דרכים לפזר שמועות ועננות באופן אחראי גם ללא פרסום פרטיו של מושא ההליך הפלילי.

לבסוף, באשר לשקיפות פעולתה של המערכת הפלילית, אין ספק שראוי להגבירה, אולם לאו דווקא באמצעות התקשורת. למשל, תיעוד מלא יותר – ובמצבים מסוימים אפילו תיעוד חזותי – של הליכי החקירה, של התנהלות התביעה ושל הדיון בבית המשפט עשוי להגדיל את הדיוק בהחלטות, ולצד זאת לצמצם את הכוח הלא-פורמלי של הנוגעים בדבר. הרי פרוטוקול בית המשפט אינו מדויק ושלם תמיד, והוא בוודאי כלי מוגבל לביקורת על בית המשפט בהינתן שבית המשפט עצמו מופקד עליו.<sup>194</sup> לעיתים רב בו הנסתר על הגלוי, וכך עוד יותר – הרבה יותר – במשרדי התביעה והמשטרה. כאשר אין מדובר בסודות, ובהינתן העלות הנמוכה של צילום כיום, ייתכן שזהו רעיון שראוי לשקול, תוך יצירת ערוכות לכך שהתיעוד לא ידלוף החוצה, אלא ישמש אך ורק את המערכת עצמה, ובמקרים המתאימים את מבקריה, שאפשר לקבוע שהם יהיו נציגי מדינה כדי לקדם את האחריות שלם.<sup>195</sup> גם התקשורת צריכה לבקר את מערכת המשפט ולשפרה, וכמוהו בוודאי האקדמיה הישראלית (שעסוקה יתר על המידה בכתבי עת זרים ופחות מדי במשפט הישראלי). אולם ניתן לשפר את המשפט גם ללא עיסוק בפרטיו של מושא ההליך הפלילי.

למען שלמות התמונה ראוי לפלח גם את הרציונלים נגד עקרון הפומביות. הפגיעה בכבוד הפרט היא רציונל חזק לגבי חשוד, נאשם ומורשע, אף שהיא נראית מוצדקת יותר ככל שהמסגרת הולכת ומתהדקת. ניתן להציע שהפגיעה חזקה פחות לגבי מי שאינם מושכים תשומת לב תקשורתית, משום שהפגיעה אינה מהדהדת רחוק; אולם גם במצבים אלה, כאמור לעיל, הפגיעה עלולה להדהד קרוב, במעגלים החברתיים של הפרט.

בדומה לכך, חשודים ונאשמים רבים אינם מעוררים חשש לסוב־יודיזה, משום שהתקשורת אינה מתעניינת בהם ובמשפטם. כך נכון גם לגבי מסמוס חזקת החפות הציבורית, יצירת העננות וההדלפות. סוגי עברות רבים אינם מייצרים "תקשורת שוטרת", משום שהתקשורת אינה מתעניינת בהם. גם סוגים מסוימים של טענות

192 Norris, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1602–1603.

193 Wolfe, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2242; Chinai, לעיל ה"ש 70, בעמ' 159–160.

194 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 289–290.

195 השוו סטמרי, לעיל ה"ש 86, פרק ב.

משפטיות לא יעוררו בוודאי עניין תקשורתי, ולפיכך לא יוליכו להימנעות מניהול המשפט בגין החשש מחשיפה תקשורתית.

## 6. הבלתי־מבוששים – אפשר גם אחרת? הליכים פליליים לא פומביים

כעולה מתת־פרק ג3, עקרון פומביות הדיון מבקש להשיג טוב, ואולי גם מאפשר זאת. כעולה מתת־פרק ג4, הוא אינו מבקש להרע, אך בוודאי עושה גם זאת. כעולה מתת־פרק ג5, חלק מהרציונלים שתומכים בפומביות הדיון נחלשים בהקשרים מסוימים, וניתן לנסות למצוא חלופות מידתיות יותר להשגת המטרות שמאחוריהם. בתת־פרק הנוכחי אציג בקצרה סוגי תיקים שבהם הדיון הפלילי אינו פומבי, כאבן בוחן לתיקים אחרים שבהם הדיון הפלילי כיום הוא פומבי.

כזכור, עקרון פומביות הדיון הינו בררת המחדל במשפט בכלל, לרבות במשפט הפלילי. סעיף 68(ב) לחוק בתי המשפט מתיר לבית המשפט לדון בדלתיים סגורות "לשם הגנה על ענינו של מתלונן או נאשם בעבירת מין או בעבירה על פי החוק למניעת הטרדה מינית"<sup>196</sup> וכן "לשם הגנה על ענינו של מתלונן או נאשם בעבירת אלימות כלפי בן משפחה"<sup>197</sup>. אולם בית המשפט אינו נוטה כאמור להגן על נאשמים מפני פרסום. שני סעיפי חוק אינם מותירים את השאלה לשיקול דעתו של בית המשפט, אלא מטילים איסור פלילי ממש על פרסום. סעיף 352(א) לחוק העונשין קובע הסדר מיוחד שאוסר לפרסם ברבים "שמו של אדם או של כל דבר שיש בו כדי לזהות אדם כמי שנפגע בעבירה או כמי שהתלונן כי הוא נפגע בעבירה לפי סימן זה", קרי, סימן עברות המין בחוק העונשין. סעיף 352 בא להגן על מתלוננים בעברות מין. ככלל, תיק אונס יפורסם כולו, למעט שם המתלוננת.<sup>198</sup> אפילו במקרים שבהם קבע בית המשפט באופן נחרץ כי מדובר בתלונת שווא, יעמוד איסור הפרסום בתוקפו, מתוך תפיסה שהדבר נדרש לשם עידוד תלונות עתידיות.<sup>199</sup> אין משמעות הדבר שהרגישות כלפי מתלוננות מלאה,<sup>200</sup> אך זה בוודאי ביטוי לדאגה להן.

בסוגים שונים של מקרים החוק מגן בעקיפין לא רק על המתלוננים, אלא גם על הנאשמים. כך, נאשם בביצוע עברת מין בבן משפחתו ייחנה מאיסור הפרסום, מכיוון שחשיפתו פירושה חשיפת הקורבן. במקרה כזה עקרון הפומביות נסוג, והנאשם זוכה

196 ס' 68(ב)5 לחוק בתי המשפט. בדיון שנערך בכנסת בנושא זה נאמר כי "...ועדת החוקה, חוק ומשפט היתה סבורה שיש להרחיב כלל זה לא רק לשם הגנה על עניינה של מתלוננת אלא גם לשם הגנת ענייניו של נאשם בעבירת מין. זו מאטריה רגישה מאוד, והיות שיש במקרים לא מעטים חשש לגרימת עוול לנאשם עקב תלונה בלתי־צודקת... לכן הציעה הוועדה נוסח של סגירת דלתות לשם הגנה על ענייניו של מתלונן או נאשם בעבירת מין". פרוטוקול ישיבה מס' 404 של הכנסת ה-9, ד"כ 90, 1103, 1104 (התשמ"א).

197 ס' 68(ב)13 לחוק בתי המשפט.

198 להסדרים דומים במדינות זרות ראו Reza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 784–780.

199 רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 120–121 (2004).

200 ראו לעיל בתת־פרק ב4.



בהגנה פריפריאלית, אף שההגנה הישירה נועדה לבטא רגישות ודאגה לקורבנו דווקא. התפיסה שמשתקפת מכך היא רצון לעודד תלונות, מצד אחד, ורצון למנוע פגיעה מאוחרת בקורבן, מצד אחר. זאת, אפילו על חשבון האינטרסים החשובים שעקרון הפומביות מבקש לקדם.

סעיף 24 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, שיוצר איסור דומה לגבי נאשמים קטינים, נוקט צעד אמיתי וישיר להגנת נאשמים – הגנה ישירה, ולא פריפריאלית.<sup>201</sup> התפיסה שאדם שביצע עבירה בהיותו קטין עודנו בר שיקום הינה רחבה ועולה גם בהקשרים אחרים, דוגמת סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, הקובע כי אין הכרח להטיל על קטינים עונש חובה. כך, עולם הפשע של קטינים מפיך באופן לא נדיר הרשעה ברצח ללא מאסר עולם.<sup>202</sup> אולם אין די בבית משפט ייעודי ובתפיסות ענישה מקילות לצורכי שיקום; נדרש גם איסור פרסום. איסור זה מלמד כי המחוקק מבין את ההשלכות הקטסטרופליות של עקרון הפומביות על המשך חייהם של חשודים, נאשמים ואפילו מורשעים, מעדיף בהקשר של קטין את שיקומו על שיקולים אחרים, ועל כן דואג – אף אם מדובר בקטין שביצע פשע חמור – לשמו שילווחו כל חייו.<sup>203</sup>

במובן הערכי ברורה מכאן לא רק הדאגה לעתידם של עבריינים קטינים, אלא גם חוסר הדאגה לעבריינים בגירים, שכן מכלל ההן נשמע הלאו. אולם במובן המעשי, איסור זה מלמד שניתן לאכוף ולנהל משפט פלילי ללא פומביות. עם האפשרות המעשית עולות התהיות הערכיות גם לגבי בגירים. עולם שמנהל משפט פלילי לא פומבי, "משפט פלילי פרטי", מלמד לכאורה שאפשר גם אחרת מבחינת האיזון בין השם הטוב והכבוד לבין אינטרסים ציבוריים; אפשר גם אחרת במובן של איסור פרסום שלא יהיה אות מתה, אלא יספק הגנה אמיתית וגבולות חזקים לתקשורת הריכוזית ואף לזו המבוזרת.<sup>204</sup> ה"בלתי-מבווישים" מעידים כי המשפט הפלילי מסוגל לעבוד גם ללא פרסום, ומסוגל גם להגבילו כאשר הוא רוצה בכך. ההנחה שענף משפטי אינו מסוגל להגשים את מטרותיו ללא חשיפת מושאיו אינה נראית משכנעת מבחינה נורמטיבית או אמפירית במציאות שבה מגבלות פרסום אינן נדירות ולעיתים אף מהוות את בררת המחדל. למשל, דיני המשפחה פועלים בדלתיים סגורות; האם הם אינם מסוגלים להשיג את מטרותיהם משום כך? הרי גם ענף זה עוסק לעיתים בפגמים מוסריים ומבקש לשלוח מסרים חברתיים ציבוריים ולהכווין התנהגות באמצעותם. אפילו במישור הפלילי קיימים חריגים שמלמדים כי ניתן לקיים הליך פלילי – לחשוד, להאשים ולהרשיע – מבלי לחשוף את פרטי הנאשם. התקשורת בוודאי מפסידה מכך הזדמנויות לרווח ולמדרוג

201 כך גם במדינות אחרות. ראו Reza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 784–786.

202 למשל, ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997).

203 ראו, למשל, בש"פ 3262/18 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מדינת ישראל, פס" 8–10 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם באר"ש, 24.5.2018).

204 ראו גם Reza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 857–859. לדוגמאות נוספות של איסורי פרסום זרים ראו שם, בעמ' 787–794.

גבוה. האומנם הדין הפלילי מפסיד גם כן ומתקשה להשיג את מטרותיו? ואף אם כן, האין זה הפסד ראוי, הפסד לשם מטרה נעלה יותר – הגנה על זכויות, ערכים ואינטרסים ציבוריים?

## 7. פומביות פלילית – סיכום וכיוון להמשך

עקרון הפומביות אינו חד-ערכי. הוא מקדם את הטוב, ולא רק את הרע; הוא עושה רע, ולא רק טוב. המצב המשפטי הנוכחי בישראל – בררת מחדל של פומביות לגבי כמעט כל חשוד, נאשם ומורשע – משקף תפיסה שלפיה הטוב עולה על הרע לאין שיעור. איני בטוח אם תפיסה זו מדויקת וראויה או שמא מדובר בשיווי משקל שנוח לשחקנים החזקים בעולם הפלילי – המשטרה והתביעה מצד אחד, שמרואיחות מחזקת האשמה החברתית, והתקשורת מצד אחר, שמרואיחה סיפורים עם פנים, סיפורים על מנוולים, שהתרבות המודרנית צמאה להם באופן תמידי. שיווי משקל זה משקף ביוש סדרתי קשה, רחב ועמוק, של חשודים, נאשמים ומורשעים. הוא מהדהד הרחק, רודף גם אחרי אדם שנהנה מחזקת החפות המשפטית, ומכה במי שהורשע גם שנים לאחר מחיקת הרשעתו מהמרשם הפלילי.<sup>205</sup>

הצעות חוק רבות הועלו בנושא לאורך השנים, ואף שהן טרם הובילו לשינוי מהותי בסוגיה, הן מעידות על מורכבות הסוגיה וחשיבותה.<sup>206</sup> היריעה אינה מתירה למצות את הנושא במאמרי זה, אלא אך להציף קשיים ותהיות. מבלי להתחייב, ייתכן שראוי לשקול הסדר חדש שלפיו בררת המחדל היא שפרטיהם של חשודים ונאשמים (ואולי אף של מורשעים בעברות מסוימות) אסורים בפרסום.<sup>207</sup> לבונטין סבר כי הצעות החוק לא עברו בגלל הניסיון החוזר לאסור פרסום באמצעות הגדרתו כעבירה פלילית, להבדיל מהענקת סמכות שיפוטית גמישה. לטענתו, קבלת הצעות החוק הללו הייתה עלולה להביא לידי פגיעה קשה מדי בחופש הביטוי או להפוך את האיסור לאות מתה.<sup>208</sup> אכן, מבחינת מידתיות, עדיפה בוודאי דרך שאינה פלילית לייצר בררת מחדל של חיסוי. אולם מבחינה מעשית, מסופקני אם יש כזו כנמצא, ובטוחני שהותרת העניין לשיקול דעת שיפוטי לא תשנה את המציאות בשטח. הפגיעה בחופש הביטוי הכרחית לשם הגנה על כבוד הפרטים, וניתן לצמצם את הפגיעה באמצעות דיווח ללא פרטים מזהים. כדברי לבונטין, הקרבת כבודם של אנשים על מזבח "חדוות הציבור לדעת"... איננה חלק מדמוקרטיה ליברלית, אלא שריד של הוקעה אל עמוד הקלון שבכיכר השוק.<sup>209</sup> זכות הציבור לדעת אינה מכוונת לכל היבט בהליך הפלילי, והלהיטות הציבורית אחר סנסציות ורכילות

205 מקומם ססיכוייה של חברה ליהנות מאיסור פרסום בבקשת פירוק ולהיאבק על שמה גבוהים מסיכוייו של חשוד להצליח בכך. לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 269–270.

206 שם, בעמ' 292–295.

207 השו"ק טאי סנג'רו המעצור, לעיל ה"ש 64, בעמ' 323.

208 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 295.

209 שם, בעמ' 315.

פליליות אינה מצדיקה את השפלת הפרט בחסות המדינה.<sup>210</sup> השינוי אינו אנטי-דמוקרטי, אלא הגשמת הדמוקרטיה והגנה אמיתית על זכויות הפרט.<sup>211</sup> הצלחתנו היחסית לבלום פרסומים בהקשרים משפטיים מגוונים מגלה כי השאלה אינה של יכולת, אלא של הֶנְיֵעָה. מאמרי מבקש לייצר ולחזק את הֶנְיֵעָה לשינוי בהקשר זה, קרי, לצמצום הביוש הפלילי.

ההסדר שאני מציע לשקול הוא איסור פרסום כבדרת מחדל בנוגע לעברות מסוימות, כניסוי חלוץ, על מנת לבחון שהדבר אינו פוגע באכיפה, מצד אחד, ומאפשר לפרט להמשיך בחייו בלי ביוש פומבי, מצד אחר. כלומר, ניתן לבחור עברה מסוימת או עברות מסוג מסוים – למשל, כאלה שנתפסות כלא מסוכנות מאוד<sup>212</sup> – ולהחיל לגביהן הסדר חדש שבו האיזון נוטה לכיוונה של זכות הפרט לכבוד.

תחת ההסדר המוצע, אם רשות האכיפה תבקש לחשוף את פרטיו של חשוד בעברות מסוימות אשר אין נתונים אמפיריים איתנים התומכים בהיותן רצידיביסטיות, היא תישא בנטל השכנוע שהדבר אכן יועיל לקידום החקירה ושאין בידה אמצעים זמינים חלופיים שפגיעתם בפרט קלה יותר. למשל, מקום שהסטטיסטיקה מצביעה על אחוז רצידיביזם נמוך יחסית,<sup>213</sup> רשות אכיפה המבקשת לפרסם את שמו של מושא ההליך תצטרך להראות כי במקרה הנדון מדובר באדם שפועל בדפוס התנהגות חוזר אשר נמצא ב"מעגל התקיפה". כלומר, פרסום יצריך הכרעה שיפוטית בנוגע לסכנת הרצידיביזם, שאותה ניתן לברר באופן מופשט באמצעות מחקרים אמפיריים ובאופן קונקרטי באמצעות שירות המבחן,<sup>214</sup> תוך עמידה ברף ראייתי<sup>215</sup> ותוך בחינת הציפיות הקונקרטיות להשגת מידע נוסף שינבע מהפרסום. כן יובאו בחשבון רמת הדיווח של סוג העברה ורמת המסוכנות לציבור. הבחינה תיערך בצורה מכבדת כלפי הפרט, שלא תיתן תהודה נוספת לחשדות נגדו בתוך המעגלים המשפחתיים, החברתיים והתעסוקתיים שלו.

בהמשך יבחן בית המשפט את המידתיות, דהיינו, אם הפגיעה הכרוכה בפרסום הינה מידתית בנסיבות המקרה. ככלל, נאשמים לא ייחשפו בפרטיהם בהעדר סיבה חזקה שתנומק בבית המשפט. לצד זאת, דלתות בית המשפט יהיו פתוחות למשפחות ולחברים

210 Norris, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1601–1602.

211 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 302–303.

212 השוו לריסון התקשורת בניורווגיה לגבי עברות פיננסיות. Bowers, לעיל ה"ש 99, בעמ' 88.

213 דרור ולק ואליאב ברמן "רצידיביזם בישראל – מאפייני אסירים ומאסר והתמחות עבריינית" **צוהר לבית הסוהר** 17, 72 (2015) [www.gov.il/BlobFolder/guide/mamrim/he/72-87\\_0.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/guide/mamrim/he/72-87_0.pdf); חגית לרנאו ואיילת עוז "למה אסור להתאהב בחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין – מבט ביקורתי" **הפרקליט** נא 205, 218–219 (2011).

214 למשל, ע"א 6481/01 אל עביד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נז(6) 678, 697 (2003); לימור עציוני וטליה קלצקי "תופעת הפדופיליה וחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין – על החיבור המתבקש בין פסיכולוגיה-פסיכיאטריה לבין פיתוח נורמות משפטיות ראיות להתמודדות עם התופעה" **עלי משפט** ט 239, 251–252 (2011).

215 Reza, השוו לעיל ה"ש 99, בעמ' 805 ו-856–857.

(של הנאשם ושל המתלונן), מצד אחד, ולגורמים שנוכחותם דרושה (דוגמת מאבטחים, עורכי דין וכדומה), מצד אחר. קהל שיבקש להגיע יותר אמצעי הקלטה בחוץ, מה שמן הסתם כבר קורה בתיקים מסוימים.

כמובן, לכיוון המוצע יש מחיר, המתבטא הן בפגיעה האפשרית באינטרס הציבורי והן בהשקעת המשאבים הנדרשים לבחינה הפרטנית.<sup>216</sup> אולם לזכויות ולערכים יש מחיר, וראוי לשלמו כל עוד הוא אינו בלתי סביר.<sup>217</sup> מחיר כזה יש גם לאינדיווידואליזציה, קרי, להתייחסות לכל פרט כאל ישות עצמאית, ולא כאל חלק מבררת מחדל פוגענית.<sup>218</sup> פרט שיבקש להיחשף ייחשף (בכפוף לאיפגועת הדבר במתלוננים וכדומה), וזאת כדי למנוע חשש להעלמת אנשים ולאפשר את השמירה על השם כזכות, ולא כחובה.<sup>219</sup> אם תופסים את פומביות ההליך הפלילי כזכות של הנאשם, ולא כאינטרס ציבורי גרידא, הנאשם יכול לוותר על הפומביות.<sup>220</sup>

ניתן להרחיק לכת ולהציע – אף שהצעה זו תעורר בוודאי את ההתנגדות החריפה ביותר – שאפילו מורשעים לא ייחשפו, אלא אם כן הדבר נחוץ לקידום מטרות הענישה, בהתאם לשיקול הדעת השיפוטי, תוך הבאה בחשבון של האינטרס הציבורי, מצד אחד, ושל כבוד המורשע ומשפחתו, מצד אחר. לשון אחר, הפרסום ייחפך לחלק מרכיבי הענישה, ויהווה קרקע פורמלית למשא ומתן בין התביעה לבין ההגנה ולמחלוקת משפטית בבית המשפט, שתוכרע על בסיס פרטני ולגופו של עניין, ולא כבררת מחדל מובנת מאליה.

במצב המוצע, סבורני, לא יתאיין המשפט הפלילי ולא ייסוג. הוא ימשיך להתקיים ולהשיג את מטרותיו, אך עם פחות ביוש. התקשורת, יש לקוות, תמשיך להאיר ולהועיל לשיפור הדין הפלילי באופנים שונים, אך תפסיק להזיק ולהפריע לעבודתו. חזקת החפות המשפטית לא תתנגש בחזקת אשמה חברתית, וזיכוי אדם לא ירים גבות ציבוריות בגין פער בין האמת התקשורתית לבין האמת המשפטית, משום שהראשונה תהיה צנועה, מתונה ומופשטת יותר. מעצרים לא ייערכו מול המצלמה, וגם סנגורים יפסיקו ללחוש באוזני לקוחותיהם אל מול המצלמה. הדיון יהיה ענייני יותר, כיאה להליך שרחוק מעין המדרוג.<sup>221</sup>

זהו שינוי שרחוק מלהיות פשוט – הן מבחינת המהות והן מבחינה טכנית. מבחינת המהות, המשפט והתקשורת התרגלו לחשיפה הפלילית המהירה, הרחבה והעמוקה.

216 שם, בעמ' 866–867.

217 דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 121–122 (1995).

218 השוו Bowers, לעיל ה"ש 99, בעמ' 97.

219 לבונטין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 304.

220 התיקון השישי לחוקה האמריקנית מקנה לנאשם זכות למשפט פומבי. מולר פירט את חשיבותו של עקרון הפומביות לשם הגנה על הנאשם, והטעים כי אף שהנאשם רשאי לדרוש משפט פומבי, אין לו זכות לוותר על הפומביות. Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 10–11. ראו גם Reza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 806.

221 מולר גרס שאת האמת קל יותר למצוא באווירה של שקט מאשר באווירה של חיפוש בידור. Mueller, לעיל ה"ש 102, בעמ' 12–13.

מבחינה טכנית, איסור פרסום אינו דבר פשוט להשגה בעידן הרשתות החברתיות. אולם האתגר המקוון קיים בשלל הקשרים, ועצם קיומו אינו מאיין את הצורך במשפט ואת יכולותיו. השאלה המהותית היא הראשונה במעלה, ואם המשפט יהפוך בה ברצינות, יימצאו פתרונות גם במישור הטכני. האם המשפט הפלילי מעוניין רק לדבר על המהפכה החוקתית ועל זכויות הפרט או שמא ברצונו להגן באמת על כבודם של אלה שכוחותיו האדירים מופעלים כלפיהם? ואם הוא רוצה להגן באמת, מה הוא מוכן לעשות לשם כך?

## סיכום

סיומו של המשפט הפלילי הטיפוסי בישראל הינו מרשיע, מעניש, כואב ומביש. הנאשם מוקע כאשם, כעבריין, ולא אחת גם כשקרן. העובר עברה בסתר מקבל את עונשו בגלוי. ביוש זה הינו ממוסד, מכוון, ובמידה רבה מוצהר, באשר המשפט הפלילי מבקש לגנות ולהרתיע, לשלוח מסר ציבורי שיהדהד ויצמצם את הסיכוי לפשיעה עתידית.

לצד הביוש הממוסד הגלוי של מי שהוקע כאשם בסיום ההליך קיימים ביטויים לא מעטים של ביוש ממוסד בשלבים מוקדמים יותר של ההליך. חלקם נוצרים על ידי המשטרה, חלקם על ידי התביעה, חלקם על ידי הסנגוריה, חלקם על ידי בית המשפט, חלקם על ידי תקשורת המונים וחלקם ברשתות החברתיות. חלקם באים להשיג מטרות ראויות, וחלקם לא. לעיתים ההליך אינו רק עונש, אלא גם ביוש. הביוש הוא מנת חלקם לא רק של אשמים, אלא גם של חפים; הוא מנת חלקם לא רק של מורשעים, אלא גם של נאשמים, חשודים, ולעיתים אפילו של מתלוננים ועדים. החשוד בעברה בסתר, ולעיתים אף המתלונן על עברה, מבווישים בגלוי.

כעולה מהמאמר, הביוש ההליכי קיים גם בהקשרים שאינם פומביים. לא תמיד פומביות הדיון מחוללת אותו, אך לעיתים היא מעצימה את הביוש ונותנת לו נופך עמוק, רחב ומהדהד. בשלב מוקדם ביותר, ארבעים ושמונה שעות מתחילת החקירה, חזקת החפות המשפטית עלולה להידרס על ידי חזקת האשמה התקשורתית והחברתית. השלכותיה של הפומביות המבישה ברורות ומיידיות בחלקן, ועמומות וארוכות טווח ביתרתן. הפומביות מתקשרת לאווירה שיפוטית, מאשימה ומרשיעה, ואולי אף מייצרת אותה. הפרט החף המבוויש ספג פגיעה עצומה – ואולי בלתי הפיכה – בשמו הטוב, וזאת גם במצב שבו לא הוגש נגדו כתב אישום,<sup>222</sup> ואפילו כאשר הוא זוכה.<sup>223</sup> הפרט האשם המבוויש סופג פגיעות מגוונות, ועלול לגלות שהדין הפלילי לעולם לא ירפה ממנו, גם לא לאחר שיסיים לשאת את עונשו, ואף לא לאחר שההרשעה כבר תתיישן ותימחק,

222 בג"ץ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 50 (1996).

223 סטמרי, לעיל ה"ש 86, פרק ב.

משום שהמרשתת והאתרים המשפטיים – להבדיל מהמשפט – אינם פועלים לפי כללי התיישנות ומחיקה, אלא מאפשרים אחזור קל, חינמי ונגיש במיוחד.<sup>224</sup> בעולם שבו הביוש נהפך לתופעה פופולרית ונפוצה,<sup>225</sup> המשפט אינו צריך להניף את לפיד ההשפלה ולמלאו חומרי תבערה. הוא אינו צריך למהר לנופף בלפיד הביוש, ובוודאי לא להשתמש בו בהקשרים שונים כבררת מחדל שאין מהרהרים אחריה כמעט. הגיעה העת לחשוב מחדש על הביוש במשפט הפלילי, ולשקול אם הוא ראוי ומידתי בשלושת הצמתים שנבחנו במאמר.

בצומת של דיני העונשין, אף אם הגינוי תורם לאישוש ערכים חברתיים ונורמות משפטיות, ניתן לתור אחר דרכים להשיג זאת בלי פגיעה מרחיקת לכת בפרט המורשע והנענש. ראוי גם לבחון את תנאי הכליאה ולאפשר תנאים טובים יותר, גם אם נדרשת לשם כך השקעה כספית. תנאי מאסר אינם צריכים להידמות לתנאי חופשה במלון, אך גם אינם צריכים להיות משפילים כשלעצמם; עצם הכליאה משפילה דייה.

בצומת המאתגר במיוחד של האכיפה והחקירה צריך להשקיע מאמץ גדול לצמצום הביוש הנלווה אליהן. בשלב זה עסקינן באנשים שהם בחזקת חפים, וחלקם חפים באמת, ולא רק כמסר משפטי. המסנתת שאמורה להבחין בין חפים לאשמים גסה מאוד בשלב זה, וכמוה הביקורת השיפוטית המגינה על הפרט מפני כוח המדינה. גם כאשר נחוצים חיפושים לצורך ההגעה לאמת ולאשמים, הם צריכים להיערך תוך מזעור הפגיעה בכבוד הפרט. אף כאשר מבקשים למנוע סכנה לציבור או להליך, חלופות מעצר שונות עשויות לצמצם את הפגיעה בכבוד הפרט, וכאשר אלה אינן מסוגלות לעשות כן, תנאי המעצר חייבים למזער את הפגיעה האמורה.

בצומת הפומביות הגיעה העת להרהר מחדש על עקרון פומביות הדיון, ובכלל זה על תפקידו המעשי (ולא רק העיוני) בחיי המשפט, ועל הרע שהוא גורם (ולא רק על הטוב שהוא מקדם). עולם שבו המשפט הפלילי עובד בנפרד מהתקשורת, ואינו ממהר להסגיר או להפקיר את נידונו ללעג ההמונים, עשוי להיות עולם שבו המשפט הפלילי ירוויח הרבה יותר מכפי שיאבד. חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת אינם מצדיקים חטטנות וביוש בכיכר העיר המודרנית, ואף אם אור השמש הוא המחטא הטוב מכל, אין פירוש הדבר שעלינו לשרוף את הפרט בשמו.

224 השוו Wolfe, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2244–2245; Bobet, לעיל ה"ש 70, בעמ' 635. Emily Poole, *Hey Girls, Did You Know? Slut-Shaming on the Internet Needs to Stop*, 225 48 U.S.F. L. REV. 221, 226–245 (2013); Kate Klonick, *Re-Shaming the Debate: Social Norms, Shame, and Regulation in an Internet Age*, 75 MD. L. REV. 1029, 1044–1050 (2016).