

21.10.10

לכבוד
ח"כ דוד רותם
יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט
הכנסת
ירושלים

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חשוד בעברות בטחון)(הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התש"ע –

2010

הריני לפנות אליך ולבקשך למנוע קידום חקיקת הצעת הוראת השעה שבנדון עקב אי חוקתיותה, פגיעתה בזכויותיהם החוקתיות של החשודים בעברות בטחון וסתירתה לפסיקת בית המשפט העליון מהנימוקים, כדלקמן:

הקדמה

1. ביום 25.10.10 צפויה ועדת החוקה חוק ומשפט לדון בהצעת החוק שבנדון לצורך הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. הצעת החוק בכללותה מבקשת להאריך תוקפם של הסדרים מיוחדים שיחולו אך על הליכי מעצרים של חשודים בעברות ביטחון עד ליום 29/12/2011; ובנוסף מבקשת הצעת החוק לעגן הסדרים חדשים ביחס לחשודים בעברות ביטחון וזאת בעקבות החלטת בית המשפט העליון בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (להלן: "עניין פלוני") בה הורה בית המשפט על ביטולו של סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (חשוד בעברות בטחון) (הוראת שעה), תשס"ו – 2006 שאפשר דיון בהארכת מעצרו של עצור בעבירות בטחון בהעדרו.

2. כבר נאמר, כי הצעת החוק בכללותה על כל ההסדרים הקבועים בה, ישנים וחדשים כאחד, איננה חוקתית בעליל. ההסדרים המוצעים פוגעים מעל לנדרש בזכויותיהם החוקתיות של החשודים לחרות, לכבוד, להליך הוגן, לשוויון בפני החוק ולשלמות גוף. המשותף בכל ההסדרים שמבקשת הצעת החוק לעגן הנו הרצון להרחיק ולהדחיק את המשפט ועקרונותיו החוקתיים מהליכי המעצר. הרחקת המשפט ועקרונותיו מתבטאת, בין היתר ובעיקר, בדרישה לאפשר השהיית הפיקוח השיפוטי על הליכי המעצר עד ל-96 שעות ובדרישה לאפשר קיומם של דיוני מעצר והליכי עיון חוזר במעצר בהעדר נוכחותו של החשוד בכפוף לעילות מסוימות.

3. הרחקת המשפט ועקרונותיו מהליכי המעצר כפי שהצעת החוק מציעה, פוגעת לא רק בזכותו של החשוד להיות חופשי ממעצר שרירותי ומאמצעי חקירה בלתי חוקיים¹ אלא היא גם פוגעת באופן ישיר בזכותו להליך פלילי הוגן ובזכותו להתגונן במידה ויועמד לדין. קיום החקירות ודיוני המעצרים במתכונת המוצעת יוצר קרקע פוריה להתנהלות בלתי חוקית בחקירה שיכולה להסתיים בהודאות שווא שחולצו מפיהם של חשודים בעת שהיו במצב בידוד ממושך, תחת לחצים והרחק מעיניו הפקוחות של בית המשפט.

4. עיון מדוקדק בהצעת החוק ובפס"ד פלוני מעלה, כי ההסדרים החדשים שנקבעו בהצעת החוק ביחס לאפשרות קיומם של דיונים בענייני מעצרו של חשוד ללא נוכחותו, הנם מנוגדים באופן מוחלט לדעת הרוב בעניין פלוני. דעת הרוב שללה באופן עקרוני את קיומו של כל הליך מעצר ללא נוכחותו של החשוד בניגוד למה שהצעת החוק מנסה להסדיר. מכאן הצעת החוק פוגעת בעקרון שלטון החוק ומנסה להכשיר נורמות בלתי חוקיות אשר בוטלו על ידי בית המשפט העליון.

5. נזכיר, כי עצור החשוד בעברות ביטחון זכאי לכלל ההגנות החוקתיות החלות על חשודים בתור שכאלה. ההליך הנו פלילי במהותו והזכויות וההגנות המוקנות לחשוד בפלילים תקפות גם לחשוד החשוד בעברות ביטחון. מעמדו כחשוד הוא הרלוונטי לצורך מערך זכויותיו, ולא אופי העברות המיוחסות לו. היטיב לתאר זאת המשנה לנשיא ריבלין בעניין פלוני (פסקה 256), כדלקמן:

” עם זאת, יש להדגיש את המגבלות שתכלית זו נתונה בהן. ענייננו הוא בחקירות של חשודים בפלילים. המסגרת שבה מתבקש מעצרו של החשוד – גם אם הוא חשוד בעבירות ביטחון – היא מסגרת פלילית. אמנם מדובר במטריה מיוחדת המציבה אתגרים מיוחדים אולם אין בכך כדי לשמוט את העובדה שהחשוד נחקר לגבי מעורבותו-שלו בעבירות ביטחון. במסגרת החקירה הוא עשוי להישאל שאלות הצופות פני פעילות טרור עתידית אך אין משמעות הדבר כי מדובר ב”מעצר סיכולי” בלבד שכן החקירה והמעצר נשענים על עילות הנוגעות למעורבותו בעבירות ביטחון. לעניין זה העצור הוא בגדר חשוד. יש לפיכך לשמור על זכויותיו כחשוד בפלילים.”

6. חקירות חשודים בעברות ביטחון מתאפיינות ככלל בנוקשות, אורכן והשפעותיהן הקשות על נפשו, רוחו וגופו של החשוד. מהחשוד נמנע בד”כ המפגש עם עורכי דינו לתקופות ארוכות (עד 21 ימים), החקירות בטבען ארוכות, מייגעות ומתישות, החקירות אינו מתועדות, הדיון בהארכת המעצר נעשה בדלתיים סגורות, צווי איסור פרסום מוצאים כעניין שבשגרה כמעט בכל חקירה ומעצרו של החשודים מוארך כשעודם מנועי מפגש ומבודדים באופן מוחלט מכל גורם אנושי אחר מלבד חוקריהם. תנאי הכליאה וההחזקה הפיזיים שבהם נמצאים החשודים אף הם קשים ביותר. האופן שבו מתנהלות חקירותיהם של אותם חשודים, החשאיות הסובבת אותן והעדר הפיקוח הציבורי על תנאי כליאתם הפיזיים רק מגבירים החשש לפגיעה בזכויות הנחקרים לרבות שימוש באמצעי

¹ העל חשיבותה של הביקורת השיפוטית לשמירה על זכויות יסוד, ובפרט על זכות האדם לחירות ראו: עמ”מ 10/94 פלונים נ’ שר הביטחון, פ”ד נג’ (1997) 105, 97 (נג’ 1997); בג”ץ 2320/98 אל-עמלה נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה ושומרון, פ”ד נב’ (3) 346, 350, 355 (1998); בג”ץ 253/88 סג’דיה נ’ שר הביטחון, פ”ד מב’ (3) 801, 819 (1988).

חקירה פסולים ועינויים לשם שבירת רוחו של העצור. אין פלא, כי מרביתן של התלונות על הפעלת אמצעי חקירה בלתי חוקיים, באות מעצורים בעברות ביטחון.²

7. התנאים הקשים המלווים את תנאי מעצרם וחקירתם של חשודים בעברות ביטחון והסיכוי, כי זכויותיהם יפגעו במהלך החקירה והמעצר מחייבים הקפדה על קיומה של ביקורת שיפוטית מיידית ותכופה בניגוד למוצע בהצעת החוק עסקינן. יפים לכאן דבריו השופט רובינשטיין :

"...יש לזכור כי לחשוד המצוי בחקירה אין ככלל זכות לפגוש קרובי משפחה או אנשים אחרים מן החוץ, למעט באישור הממונה על החקירה (תקנה 12(ב) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז - 1997), וכמובן למעט עורך דינו, ובמקרה של החלטה על מניעת מפגש עם עורך הדין, אין לו כל קשר עם העולם החיצון. בנסיבות אלה מקבלת חובתו הכללית של בית המשפט להבטיח את זכויות החשוד, שבשלה נדרשת הבאתו לפני שופט תוך 24 שעות (סעיף 29(א) לחוק המעצרים), משנה חשיבותו."³

ראו גם עניין פלוני לעיל והדיון על האפקט המצטבר של הפגיעה בזכויותיו של העצור.

8. חובת המדינה לאסור על עינויים ועל טיפול אכזרי בעצורים ולפעול למניעתם כוללת את החובה לקיים מנגנוני ביקורת יעילים ונאותים, אשר יכולים למנוע תופעות מעין אלו. מניעת נוכחותו של חשוד והרחקת עיני בית המשפט מהליך המעצר מהווים הפרה בוטה לחובתה של מדינת ישראל על-פי סעיף 11 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים. סעיף 11 מחייב כל המדינות החתומות על האמנה לפקח בעקביות על המעצר ואמצעי החקירה מתוך מטרה למנוע כל צורה של עינוי והשפלה.

9. הצעת החוק חוטאת למטרותיו של המשפט הפלילי וסוללת את הדרך ליצירת שתי שיטות של משפט פלילי המושתתות על עקרונות פסולים, הפרדה חמורה ואפליה קשה בעיקר כלפי הפלסטינים. הבחנה גורפת בין חשודים על בסיס העברות המיוחסות להם ובמבחן התוצאה אף על-פי מוצאם, הנה לכל הדעות פגיעה בעקרון "שיוויון הכל בפני החוק" המהווה את לב לבו של ההליך הפלילי. קבוצת השוויון לעניין זה הנה קבוצת החשודים בעברות חמורות ללא זיקה לסיווגם של אותן עברות. החשש מעיוות דין עולה במיוחד בעברות החמורות ומכאן מתבקשת בחינה קפדנית להליך חקירתם ומעצרים.

² ראו: בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4), 817 (1999); "בתכלית האיסור: עינוי עצירים פלסטינים והתעללות בהם על ידי כוחות הבטחון של ישראל" (בצלם, המוקד להגנת הפרט) (מאי, 2007). ניתן לעיין בדו"ח בקישור: http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_heb.pdf; דו"ח "פצצות מתקתקות: עדויות של קורבנות עינויים בישראל" (הועד הציבורי נגד עינויים בישראל) (מאי, 2007). את הדו"ח ניתן להוריד בקישור הבא: <http://www.stoptorture.org.il/heb/images/uploaded/publications/139.doc>; דו"ח "טיפול משפחתי" (הועד הציבורי נגד עינויים) (מרץ, 2008). ניתן להוריד בקישור: <http://www.stoptorture.org.il/files/tipul%20mishpahti.pdf>; "כבילה כהתעללות ועינוי" (הועד הציבורי נגד עינויים) (יוני, 2009). ניתן להוריד בקישור: http://www.stoptorture.org.il/files/Report_WEB_HEB.pdf

³ בש"פ 1144/06 זיאד נ' מדינת ישראל, פסי' ט' להחלטה (טרם פורסם, 9.2.06).

10. זכותו של חשוד להליך פלילי הוגן הנה אבסולוטית ולא סובלת כל הבחנה בין חשוד זה לאחר. הגינות המשפט הפלילי וטוהרו חלים על כל עברה, קלה כחמורה. השלכותיו של המשפט הפלילי על הפרט הן חמורות, קל וחומר בעברות המוגדרות כחמורות מטבען. הגינות ההליכים הפליליים נבחנת בעיקר במימוש החשוד לזכויותיו כהלכה. כרסום בהליך ההוגן מצמיח פגיעה ישירה באמון הציבור במלאכת עשיית הצדק. ההסדרים המוצעים בהצעת החוק באים לפגום במלאכת עשיית הצדק ולהטיל אפריורי ספקות לגבי כל תוצאה אליה מגיעה המערכת המשפטית.⁴

11. זה המקום לציין, כי ועדות האו"ם לזכויות האדם ביקרו בחריפות את הוראת השעה (2006) ביותר מהזדמנות אחת. כך למשל ורק לאחרונה (3/09/10) הביעה ועדת האו"ם ליישום האמנה בדבר זכויות אזרחיות תרבותיות ופוליטיות (ICCPR) ביקורת כלפי המגמה להקשות ההליכים בדין הפלילי בנוגע לעברות ביטחון, ודרשה להבטיח לחשודים גישה מהירה לעו"ד והבאה בפני שופט, כדלקמן:

"Any person arrested or detained on a criminal charge, including persons suspected of security-related offences, has immediate access to a lawyer, for example by introducing a regime of special advocates with access to all evidence, including classified evidence, and immediate access to a judge"⁵

ביקורת זה נמתחה על ידי ועדת האו"ם נגד עינויים (CAT) בהערותיה המסכמות מחודש מאי, 2009:

The Committee calls upon Israel to examine its legislation and policies in order to ensure that all detainees, without exception, are promptly brought before a judge and have prompt access to a lawyer. The Committee also emphasizes that detainees should have prompt access to a lawyer, an independent doctor and family member are important means for the protection of suspects, offering added safeguards against torture and ill-treatment for detainees, and that these should be guaranteed to persons accused of security offenses.⁶

⁴ ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006), פסקה 65; ע"פ 1301/06 אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.06.09); ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.11.09), פס' 18-19.

⁵ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/448/06/PDF/G1044806.pdf?OpenElement>

⁶ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/cobs/CAT.C.ISR.CO.4.pdf>.

השהיית הבאת עצור בפני בית המשפט (סעיף 2 להצעת החוק; סעי' 3 להוראת השעה):

12. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים), התשנ"ו – 1996 (להלן: "חוק המעצרים") קובע, כי חשוד יובא בפני שופט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות משעת מעצרו (סעי' 17 ג' + 29 א)). השהיית הבאתו של עצור למשך 48 שעות הנה לצורך ביצוע פעולת חקירה דחופה בלבד (סעי' 30 לחוק המעצרים). לעומת זאת, עצור בעברות בטחון לפי הצעת החוק עסקינן יכול וימנע מהבאה בפני שופט עד לתקופה של 96 שעות רצופות בעילות שונות.

13. הצעת החוק עסקינן מעניקה בידי גורמי החקירה הסמכות להאריך מעצרו של אדם עד 72 שעות ללא כל מעורבות שיפוטית. העילה: מניעת פגיעה ממשית בחקירה (עד 48 שעות) ומניעת סיכול פגיעה בחיי אדם כאשר מתבקשת הארכת המעצר לתקופה של 24 שעות נוספות (במצטבר 72 שעות). הארכה נוספת של 24 שעות מעבר ל-72 שעות (במצטבר 96 שעות) תהיה על ידי בית המשפט בלבד.

14. למעשה הוראת השעה מסמיכה את גורמי החקירה הפנימיים לשלוט באופן בלעדי בהליך המעצר ללא מעורבות שיפוטית על ההליך עד ל-72 שעות לפחות. במקרים שבהם מתבקשת השהיית הבאת העצור בפני שופט ל-96 שעות אזי ישנה חובה כי בית המשפט יעשה זאת בעצמו. משמע, כי בית המשפט יידרש למעשה להחליט, כי הוא מסכים להפקעת סמכויותיו, הוצאתו מהליך המעצר וניטרול כוחו לטובת גורמי החקירה! ישנה כאן דרישה מבית המשפט למעול בתפקידו בהליך המעצר ולהרחיק עצמו מאותו הליך על ידי החלטה שהוא ייתן בעצמו. בית המשפט יידרש לפי סעיף 3 להחליט ולשכנע עצמו כי הוא גורם מפריע לחקירה ולהליך המעצר ומכאן עליו להימנע להידרש לשאלת חוקיותו של המעצר.

15. עמדתנו הנה, כי כל השהייה של הבאת עצור בפני בית המשפט לשם קיומו של פיקוח שיפוטי על המעצר עצמו הנה בלתי חוקית ונוגדת את הלכת בית המשפט העליון בריש גלי. העיקרון הקבוע בחוק המעצרים הנו, כי עצור יובא בפני שופט בהקדם ולא יאוחר מ-24 שעות. המגמה הנה פיקוח שיפוטי על המעצר וחוקיותו סמוך ככל שניתן לביצועו. דחיית הבאת העצור לפני שופט פוגעת בחירותו של החשוד וחוטאת לאחד היסודות החשובים ביותר בהליכי המעצר, והוא יסוד הביקורת השיפוטית. דחייה זו פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות החשוד החוקתית להליך הוגן הנגזרת מזכויותיו לכבוד וחירות גם במהלך המעצר.

ראו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241, עמ' 262 (1999).

16. פסיקת בית המשפט העליון הדגישה, כי ביקורת שיפוטית על הליך המעצר איננה הליך חיצוני למעצר אלא הליך פנימי המהווה חלק בלתי נפרד מתהליך המעצר. יפים לכאן הדברים שנאמרו בעניין מירעב:

"...תפיסת היסוד המקובלת הינה, כי המעורבות השיפוטית היא חלק אינטגרלי של תהליך המעצר. אין זו ביקורת שיפוטית "חיצונית" למעצר. זהו חלק בלתי נפרד מהשתכללות המעצר עצמו. ביסוד

תפיסה זו מונחת תפיסה חוקתית הרואה במעורבות השיפוטית בהליכי המעצר תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט. על-כן אין נדרש שהעצור "יערער" על מעצרו בפני שופט. הפנייה לשופט היא מרכיב "פנימי" של תהליך המעצר. השופט אינו שואל עצמו אם שוטר סביר היה רשאי לבצע המעצר. השופט שואל את עצמו אם לדעתו קיים חומר חקירה מספיק להמשך המעצר. אכן, מרכז הכובד של דיני המעצר לצורכי חקירה הוא בהכרעה השיפוטית..."⁷

17. ראית הביקורת השיפוטית כגורם שעלול להפריע לחקירה או לכל אינטרס חיוני אחר נדחתה גם על ידי בית המשפט העליון בעניין **פלוני**, שם נקבע, כי:

"קיום הליך משפטי נאות הוא יסוד חיוני להבטחת מדתיותו וחוקתיותו של מעצר לצורך חקירה. מבחינה עקרונית, אין לראות בהופעתו של החשוד לפני שופט מכשול, אלא תנאי יסודי למעצר אפקטיבי וחוקתי לצורכי חקירה"⁸.

18. מכאן ברור, כי מעורבותו של השופט ובית המשפט בהליך המעצר אמורה להיות חלק בלתי נפרד מהמעצר עצמו וללא דיחוי. עמדתנו הנה, כי הפקעת תפקידו של בית המשפט מהליך המעצר הנה פסולה מעיקרה בין אם ההחלטה התקבלה על ידי גורמי החקירה ובין אם על-ידי בית המשפט עצמו. הסעיף הנ"ל שולל באופן מוחלט כל אפשרות של ביקורת שיפוטית שאמורה להתבצע על ידי בית המשפט לאחר שהוא מתרשם באופן בלתי אמצעי מהעצור ומטענותיו בכדי שיוכל להכריע בשאלת חוקיות ומידתיות המעצר. הצעת החוק הופכת את הביקורת השיפוטית של בית המשפט על הליך המעצר לאמצעי הנתון בידי רשויות החקירה שיכולות להחליט אימתי יוכל בית המשפט יידרש לשאלת חוקיות המעצר ואימתי לא.

הארכת מעצרו של חשוד עד 20 יום (סעיף 3 להצעת החוק; סעי' 4 (1) להוראת השעה)

19. סעיף 17 לחוק המעצרים קובע, כי ציווה שופט על מעצרו של חשוד בנוכחותו, לא תעלה תקופת המעצר על 15 ימים. הצעת החוק מבקשת לקבוע, כי בכל הנוגע לעצור בעברות בטחון תינתן האפשרות לבית המשפט לעצור את החשוד לתקופה שלא תעלה על 20 ימים.

20. הצעת החוק מבקשת להאריך למעשה את התקופה בה ניתן לחקור חשוד במעצר ללא ביקורת שיפוטית מהירה. האפליה בין חשוד בעברות ביטחוניות לבין חשוד בעברות רגילות איננה מוצדקת בעליל אף בהקשר זה. התכלית העומדת בבסיס הסעיף הנ"ל הנה לא אחרת מאשר הרחקת החשוד מעיני בית המשפט כמה שיותר באופן שעלול להביא לפגיעה בחירותו, בכבודו ובשלמות גופו ובהסתברות גבוהה יותר. שלילת חירותו של החשוד עולה לפי זה על הנדרש.

קיום דינוי מעצר ללא נוכחותו של העצור (סעיף 4 להצעת החוק – סעי' 5 להוראת השעה)

⁷ בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).
⁸ עניין **פלוני**, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

21. כאמור בראשית דברינו לעיל הצעת החוק מוצגת וכאילו נערכו בה שינויים בעקבות החלטת בית המשפט העליון בעניין **פלוני** בכל הנוגע לשאלת קיומו של דיון בהארכת מעצרו של חשוד ללא נוכחותו. עיון בשינויים שמבקשת הצעת החוק לערוך מראה, כי הנס באים לרכך שאלת היעדרותו של העצור מהדיונים בעניינו אך לא לשלול אותה מיסודה.

22. הניסיון לרכך את שאלת היעדרותו של העצור מדיוני המעצר סותר את עמדת הרוב בעניין **פלוני** ורחוק מלבטא את הקביעות שנאמרו באותה פרשה. נהפוך הוא, השינויים המוצעים באים לאמץ את עמדת המיעוט של השופטת מרים נאור, לפיה ניתן יהיה לרפא את הפגמים החוקתיים שנפלו בסעיף 5 על-ידי קביעת עילות מצומצמות לאי נוכחות החשוד ולפרקי זמן מוגבלים. לעמדתה זו, באופן כללי, הצטרף אך השופט גרוניס. **במבחן התוצאה**, 7 שופטים למעשה לא תמכו באימוצו של הסדר אחר אלטרנטיבי.

23. על מנת להבהיר דברינו נזכיר, כי בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים קבע בעניין **פלוני**, כי סעיף 5 לחוק חשודים בעבירות ביטחון המאפשר קיום דיונים במעצר ללא נוכחותו של העצור הנו בלתי חוקתי ויש לבטלו. דעת הרוב בעניין **פלוני** קבעה, כי יש לשלול לחלוטין כל גישה המאפשרת קיום דיון במעצר ללא נוכחות העצור. באשר לשאלה באם ניתן למתן את האמור בסעיף על ידי הסדרים חלופיים רק **ארבעה** שופטים (**כב' הנשופטים ביניש, רובינשטיין, נאור וגרוניס**) מבין **התשעה** התייחסו לשאלה זו כאשר **שני** שופטים מביניהם (**הנשיאה ביניש והשופט רובינשטיין**) הביעו ספקות לגבי אפשרות קיומו של הסדר אלטרנטיבי שכזה ויעילותו בכלל. השופט גרוניס ציין, כי אין מניעה לקבוע הסדר חדש אולם זה חייב לקחת בחשבון את ההסדר הקיים בנושא מניעת המפגש של עו"ד עם סניגורו ואת השלכת "האפקט המצטבר" שיש במניעת נוכחות העצור ומפגש עם סניגוריו יחד עם העדר הנוכחות. השופטת נאור כאמור לעיל, הציעה הסדר חלופי אחר אותו מבקשת הצעת החוק לאמץ.

24. כבר נציין וטרם נדון בהסדרים המוצעים בהצעת החוק, כי די בעובדה כי הצעת החוק באה למעשה לבטל את מה שנקבע על ידי בית המשפט העליון, כדי להביא למסקנה כי דינה בטלות. מדובר בפגיעה בעקרון שלטון החוק החל על כלל רשויות המדינה בכללן הכנסת. אי קיומו של פסק דין על ידי המחוקק הנו בעצמו פגיעה במעמדו של המחוקק. יפים כאן דבריו של הנשיא (בדימוס) שמגר:

"משניתן פסק-דין, חובה לקיימו כלשונו וכרוחו. החובה עולה מן הדין, והיא ביטוי להכרח להסדיר חייה של חברה לפי נורמות בסיסיות המאפשרות קיומה של מסגרת מאורגנת בה שולט החוק... מעמדו של בית המחוקקים עלול להיפגע, אם תתפתח הסברה המוטעית, כי חובתו לקיים פסק דין שונה מזו של כל רשות או פרט אחרים במדינה."

בג"ץ 5711/91 פורז נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו (1), 299, 308 (1991)

25. לא זו אף זו. אימוץ עמדת המיעוט בעניין **פלוני** והעדפתה על פני דעת הרוב באותה פרשה פוגעת במעמדו ובתפקידו של בית המשפט ומפרה את האיזון הקבוע בעקרון הפרדת הרשויות. יפים לכאן דבריו של פרופ' אהרון ברק בספרו, **שופט בחברה דימוקרטית** על משמעות הקביעה השיפוטית, כי חוק אינו חוקתי:

"עם מתן ההכרזה על בטלות החוק אין עוד נוהגים על פיו. משמעותה של הביקורת השיפוטית הינה כי ה"סנקציה" על חקיקתו של חוק-לא-חוקתי אינה רק פוליטית, אלא גם משפטית. לחוקה ולחוקי היסוד צומחות "שיניים". הוראותיהם אינן רק המלצות לרשויות השלטון השונות אשר "מחיר" הפרתן הוא בבחירות; הוראותיהם הן נורמות משפטיות אשר הפרתן עשויה להוביל לבטלותו של החוק."

אהרון ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת אוניברסיטת חיפה, 2004) עמוד 320.
ראו גם: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שמריהו**, פ"ד מט (4), 221, 421.

26. ולגופו של עניין; ההסדר האלטרנטיבי המוצע בסעיף 4 להצעת החוק קובע, כי בית המשפט רשאי לאפשר הארכת מעצר של עצור שלא בנוכחותו לשתי תקופות כשכל אחת מהן איננה עולה על-72 שעות ובלבד ששוכנע בית המשפט (לבקשת ראש אגף החקירות בשב"כ ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה) כי הפסקת החקירה לשם הבאת העצור עלולה לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם במידת הסתברות הקרובה לוודאי. בנוסף הסעיף מבקש לאפשר קביעת הסדרים שלפיהם תתאפשר העדרותו של החשוד גם בהליכים של בקשות לעיון חוזר במעצר. כמו כן, מבקש החוק לקבוע תקופות מקסימאליות להגשת ערר על עיון חוזר במעצר בניגוד לקביעות בחוק המעצרים. עוד מאפשר הסעיף למנוע מהחשוד לדעת, כי ניתנה החלטה להאריך את מעצרו בהעדרו.

27. עיקר הפגם בסעיף 4 להצעת החוק הני"ל הנו בפתיחת הפתח לקיום דיון בהעדר נוכחות של העצור. בעניין **פלוני** נקבע, כי אין לקיים דיון ללא נוכחותו של העצור. הא ותו לא. זוהי דעת הרוב שנקבעה בפס"ד פלוני שאין מקום לשנותה לרבות על דרך חקיקה. צמצום העילות ופרקי הזמן אין בהם כדי לרפא את הפגם החוקתי והערכי הנופל ביסוד הרעיון לקיים דיון במעצרו של אדם ללא נוכחותו. היעדרותו של העצור בדיון המעצר בעניינו מאיינת את הוגנות ההליך המתקיים בעניינו מכל משמעות. מניעת נוכחותו של אדם בהליך המשליך על חירותו האישית פוגמת בעשיית הצדק ומטילה ספק אודות הוגנות תוצאותיו של ההליך. הטיבה לתאר זאת השופטת פרוקצ'יה בעניין **פלוני** :

"הפגיעה בזכות העצור להליך הוגן, הכרוכה באי הבאתו לדיון שיפוטי המתנהל בעניינו, היא כה עמוקה וכה שורשית, עד כי אין להתירה גם בהינתן ההכבדה הניכרת על גורמי הבטחון בניהול פעולותיהם לאכיפת החוק והבטחון במדינה. עשיית משפט צדק עם הפרט, המותנית, בין היתר, בנוכחותו בדיון ובזכותו להתגונן כראוי כנגד החשדות וההאשמות נגדו, היא מסימני ההיכר של שיטת משפט חוקתית, ובלעדיה נפגע ערך ההליך ההוגן פגיעה אנושה. ערך זה של עשיית משפט צדק, שאינו יכול להתממש במלואו אגב מניעת נוכחות עצור מהדיון בעניינו, גובר בהקשר זה אף על שיקולי אכיפה ובטחון כלליים, חשובים ומהותיים ככל שיהיו. משקלם של ערך עשיית משפט צדק וקיום הליך פלילי הוגן הוא כה רב, עד כי משקל ערכי זה גובר אף על האינטרס הציבורי הכרוך בחקירה הפלילית-בטחונית. המשפט בישראל נתן ביטוי להעדפה ערכית זו של הגנה על

זכויות הפרט בהליכי אכיפת החוק אף על פני
שיקולים הקשורים באינטרס ציבורי-בטחוני כללי
גם בהקשרים שונים אחרים".

28. נוכחותו של החשוד מתבקשת במיוחד וביתר שאת נוכח מכלול ההוראות הנוגעות לשלבי החקירה הראשוניים של חשודים בעבירות ביטחון. מניעת נוכחותו של העצור בצירוף מניעת המפגש עם סניגוריו יש בה כדי לסכל קיומה של כל ביקורת שיפוטית אפקטיבית. שכן, כדברי בית המשפט בעניין פלוני:

**" הביקורת הרציפה על הליך המעצר לצורך
חקירה חשובה לשמירת זכויות האדם, לפחות כפי
שהחקירה הרציפה חשובה לצורך הגשמת מטרות
החקירה." (הדגשה במקור).⁹**

29. בית המשפט הבהיר בעניין פלוני, כי השגת התכלית הרלוונטית להמשכה של חקירה איננה מתאפשרת אלא בבחירתו של האמצעי הפוגע פחות בעצור ובזכויותיו. הבחירה להדחיק את רגליו מדיונים בעניינו נמצאה על ידי בית המשפט כבלתי חוקית ושאין לה מבטאת את עקרון המדתיות ובחירת האמצעי הפוגע פחות בפרט.¹⁰

30. מכאן, עמדתנו הנה כי אין להשלים עם כל אפשרות המעניקה היתר לקיומו של הליך הנוגע למעצר בעניינו של חשוד בהעדרו עקב הפגיעה הבלתי חוקית בזכותו של החשוד להליך הוגן ולחירות.

31. ועוד; לבד משאלת העדר נוכחותו של העצור הצעת החוק מוסיפה חטא על פשע. לפי האמור בה, ניתן יהיה להעלים מידיעת העצור כי התקבלה החלטה להאריך את מעצרו ללא נוכחותו. ראשית, מדובר בסעיף שפסיקת בית המשפט העליון בעניין פלוני חלה עליו באופן מפורט עקב זיקתו לשאלת העדרותו של החשוד מדיונים בעניינו. שנית, מדובר בסעיף שבא להעניק לגטימציה לניהול משפט במחשכים וככל הנראה כדי לטעת תחושה בקרב אותו חשוד כי הוא מבודד מהעולם החיצוני לא רק מבחינה פיזית ונפשית אלא אף משפטית. משמע, כי מנסחי סעיף זה חפצים לאפשר לרשות החוקרת לנהוג בחשוד כחומר ביד היוצר תוך שכנועו כי הוא נמצא בחלל קפקאי שלית דין בו ולית דיין. החשוד הופך לפי זה לאמצעי, דבר שאיננו מוסרי בעליל. אי יידוע העצור לגבי החלטה בעניינו פוגעת בזכותו כאדם לנקוט בהליך מסוג הביאס קורפוס בו יוכל בעצמו להשמיע את טיעונו נגד חוקיות מעצרו.

32. כאמור סעיף 4 להצעת החוק מציע פרוצדורה נוקשה לקיומו של הליך עיון חוזר במעצר לפי סעיף 52, 53, ו-57 לחוק המעצרים וכל זאת כדי לשמור על רציפות החקירה ללא הפרעות. ההצעה הנה להקים מנגנון חדש שבו תחילה יקיים בית המשפט דיון בשאלת הימצאותה של עילה לשאלת העיון החוזר וזאת בהעדר החשוד. במידה ומצא בית המשפט עילה, או אז יתקיים הדיון בעניין הבקשה לגופה. הדיון עצמו יכול להתקיים ללא נוכחות העצור.¹¹ ערר שיוגש כנגד החלטה בבקשה לעיון חוזר יוגש תוך 24 שעות בלבד ולא 30 ימים כפי שקובע חוק המעצרים. הצעת החוק באה למעשה לאיין מתוכן כל משמעות להליך העיון החוזר על כל החשיבות הנודעת לו. כמו כן מדובר באפליה

⁹ עניין פלוני, פסקה 31 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם חוות דעתם של השופטים פרוקצ'יה, רובינשטיין, ארבל וגובראן.

¹⁰ ראו עניין פלוני, פסקה 32 לפסק דינו של השופט ריבלין.

¹¹ לבקשת ראש השב"כ בהסכמת היועמ"ש וכאשר בית המשפט משתכנע כי הפסקת החקירה עלולה לסכל מניעה פגיעה בחיי אדם בהסתברות של ודאות קרובה.

בלתי חוקית לעומת עצורים שאינם מסווגים כביטחוניים ופגיעה קשה בזכותם החוקתית להשיג על החלטות שניתנו בעניינם. הצעת החוק למעשה מכוונת לטרפד כל אפשרות לניצול העציר הביטחוני להליך העין החוזר, ודי בכך כדי להעיד על הפגם הדבק בה. זכותם של העצורים לטיעון נפגעת וזכותם להליך הוגן נשללת מקל וחומר.

על יסוד האמור לעיל הנכך מתבקש להמנע מלקדם את הצעת החוק הנ"ל.

בכבוד רב,

עביר בכר, עו"ד