

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

1. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אליהו אברם ו/או תחריר עתאמלה-מהנא
ו/או סמאח אלחטיב-איוב ו/או יערה קלמנוביץ

מהוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
רחוב בלומנפלד 31, ת"ד 4634, ירושלים 91046
טל': 02 - 6429825 - פקס: 02 - 6432847

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ו/או דנה
אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני
בנא ו/או באני שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
לימור יהודה ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר
ו/או נסראת דקואר ו/או גיל גן-מור

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' כנפי נשרים 3, ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 02 - 6521218 - פקס: 02 - 6521219

3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ב"כ עוה"ד פאטמה אלעג'ו ו/או חסן ג'בארין ו/או עביר בכר
ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או עאדל בדיר ו/או
סאוסן זהר ו/או נביל דקואר ו/או מוראד א-סנע

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפת 1, תל אביב - יפו 68028
טל': 03 - 6822935 - פקס: 03 - 6822937

העותרים

נגד

1. שר המשפטים

2. משטרת ישראל

3. שירות הביטחון הכללי

ע"י פרקליטות המדינה

רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים

טל': 02-6466590 - פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו-על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לנמק מדוע לא ייקבע כי חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, (להלן: "החוק"), הינו בטל.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה זו, למועד קרוב ככל האפשר, מהנימוקים הבאים:

1. עניין העתירה חוקתיות החוק, בהיותו סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בניגוד לפיסקת ההגבלה שבו. החוק פוגע בזכויותיהם של העצירים לחירות, לכבוד ולשוויון, ובזכויותיהם הדיוניות, אשר זכו אף הן למעמד חוקתי עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הוראות החוק מאפשרות לעצור אדם לתקופה של עד 96 שעות ללא ביקורת שיפוטית; לקיים דיונים בנוגע למעצרו בהיעדרו; ולא להודיע לו על ההחלטה להאריך את מעצרו בדיון שהתקיים בהיעדרו.
2. המשך הפעלת החוק יגרום לעצורים רבים, החשודים בעבירות ביטחוניות, פגיעה חמורה בזכויותיהם החוקתיות. מכוח החוק ימשיכו לשלול את חירותו של אדם, בשלב ראשון, ללא ביקורת שיפוטית, ובשלב שני, מבלי לשמוע אותו, מבלי לראות אותו ומבלי שסנגורו יוכל להשמיע את דברו באופן אפקטיבי. ללא מנגנוני הביקורת החיוניים של הליך הוגן, רשויות החקירה יחקרו חשודים אלו ללא פיקוח שיפוטי צמוד ויוכלו להפעיל נגדם שיטות חקירה פסולות.
3. פגיעה זו בזכויותיו של העצור ובצלמו כאדם הינה בלתי הפיכה, שכן מרגע שנגרמה הפגיעה לא ניתן להשיב את הגלגל לאחור, ואף ביטולו של החוק לא יוכל לשקם את הזכויות שנפגעו בזמן המעצר והחקירה.
4. תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד ערר מטעם הסניגוריה הציבורית בשאלת חוקתיות של אחד מסעיפי החוק (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל). העתירה הנוכחית מעלה את שאלת החוקתיות של החוק כמכלול ובוחנת את חוקיותה של כל אחת מהוראותיו. על כן הערר של הסניגוריה הציבורית אינה מייתרת את הדיון בעתירה זו והחשיבות של דיון קרוב בטענות החוקתיות מתקיימת לגבי שניהם.
5. החוק נתקבל במקור כהוראת שעה לפרק זמן של שנה וחצי. לאחרונה החליטה הכנסת להאריך את תוקפו בשלוש שנים נוספות. כמו כן התברר בדיוני הכנסת, כי משרד המשפטים מתכוון להעתיק את הוראותיו לחוק קבוע. בית המשפט הנכבד מתבקש לדון בחוקתיות החוק במועד קרוב על מנת למנוע את המשך הפגיעה הקשה בזכויות אדם, וזאת בטרם יהפוך החוק להוראה קבועה בספר החוקים.

תוכן עניינים

4	1. מבוא	81
5	2. רקע עובדתי.....	82
5	א. גלגול הגולם - מהוראת שעה לחוק קבוע.....	82
6	ב. הצדדים לעתירה.....	86
6	ג. היסטוריה חקיקתית – מאבקי המשפטנים ושינויים בהצעת החוק.....	86
11	ד. יישום החוק הלכה למעשה.....	111
11	הנתונים שנמסרו לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת.....	111
11	הפעלת הוראות החוק בד בבד עם מניעת מפגש עם עורך דין.....	111
12	הפעלת החוק נגד פלסטינים בלבד.....	112
13	3. הטיעון המשפטי.....	113
13	א. מושכלות יסוד.....	113
14	ב. הפגיעה בשוויון על פי מבחן התוצאה והשלכותיה.....	114
16	ג. סעיף 3 לחוק - השהיית הבאת עצור בעבירת ביטחון לפני שופט.....	116
16	פגיעה בזכות החוקתית לחירות ובזכות להליך הוגן בהליך המעצר.....	116
18	פגיעה בזכויות החוקתיות לכבוד ולשלמות הגוף.....	118
19	פגיעה בתקינות המשפט הפלילי.....	119
19	פגיעה שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.....	119
19	תכלית בלתי ראויה.....	119
21	שיקולים תקציביים – תכלית שאינה מצדיקה פגיעה בזכויות אדם.....	121
22	פגיעה העולה על הנדרש.....	122
23	ד. סעיף 5 לחוק – דיון שלא בנוכחות העצור והסתרת ההחלטות בעניינו.....	123
25	פגיעה בזכות להליך הוגן.....	125
26	פגיעה בזכויות החוקתיות לכבוד ולשלמות הגוף.....	126
27	פגיעה בזכות לחירות.....	127
28	פגיעה בתקינות המשפט הפלילי.....	128
28	פגיעה שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.....	128
29	העדר תכלית ראויה.....	129
30	פגיעה העולה על הנדרש.....	130
31	ה. סעיף 4 לחוק – הארכת מעצר עד 20 ימים בצו אחד ועד 35 ימים לפני כתב אישום.....	131
33	ו. שאלת המידתיות לאור חובת הדיווח לכנסת והנתונים שנמסרו ע"י השב"כ.....	133
33	ז. על העילות לשימוש בסמכויות המיוחדות שבחוק.....	133
35	ח. המשפט הבינלאומי.....	135
35	השהיית הבאת עצור בפני שופט.....	135
37	קיום דיון בהעדר עצור והסתרת החלטת בית המשפט ממנו.....	137
41	ט. היחס לחשודים בעבירות ביטחוניות במהלך חקירתם הלכה למעשה.....	141
43	י. החוק כמכלול.....	143
46	רשימת נספחים.....	146

1. מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא אי חוקתיותו של חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, השולל מחשודים בעבירות ביטחון את הערובות המינימאליות, הדרושות להגנה על זכויותיהם כבני אדם. הוא מאפשר להשהות הבאת עצור בפני שופט עד 96 שעות; לקיים דיוני הארכת מעצר ודיונים בעררים ובבקשות לעיון חוזר בהעדר החשוד; ואף להסתיר ממנו את ההחלטות, שהתקבלו שלא בנוכחותו. בנוסף, הוא מאפשר להאריך מעצרו של חשודים לתקופות ארוכות יותר מאלה הנהוגות היום בדיני המעצרים בישראל.
2. הוראות אלו – כל אחת לחוד, ואף ביתר שאת במצטבר ובצירוף מניעת מפגש עם עורך דין, המוטלת לעתים קרובות על עצורים אלה מכוח סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 – פוגעות אנושות בזכויות החוקתיות היסודיות לחירות, לכבוד, לשוויון, לשלמות הגוף ולהליך הוגן, בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הן משקפות תפיסה פסולה, הרואה בביקורת השיפוטית משום "הפרעה" לחקירה, והשואפת לחקור חשודים הרחק מעינו המפקחת של בית המשפט.
3. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, החוק נועד להתמודד עם העובדה, ש"עם סיום הממשל הצבאי באזור חבל עזה, אין עוד לרשויות החקירה סמכויות ... [על פי תחיקת הביטחון] בהתייחס לתושבי חבל עזה" (ה"ח ממשלה התשס"ו 1, 2). מטרת החוק, אם כן, לאפשר לרשויות החקירה להמשיך ולהפעיל ביחס לתושבי עזה סמכויות חקירה ומעצר, שמקומן לא יכירן במדינה דמוקרטית. באמצעות החוק ביקשו המשיבים, הלכה למעשה, לייבא לתוך מדינת ישראל עקרונות אכיפה פסולים של המשטר הצבאי בשטחים; בעניינים שונים, כפי שנראה, אף הגדילו לעשות וקבעו נורמות, שמעולם לא היו נהוגות אף בחקיקה הצבאית.
4. למען תכלית פסולה זו גובש בסופו של דבר הסדר בלתי חוקתי, אשר הוחל על כלל החשודים בעבירות ביטחון. הסדר זה מופעל הלכה למעשה כנגד חשודים פלסטינים בלבד, ומגשימה בכך את הכוונה המפלה של יוזמיו, תוך פגיעה פסולה בזכות לשוויון בהליך הפלילי.
5. הליך פלילי שוויוני, השומר על זכויות בסיסיות של החשוד, הוא מיסודותיה של מדינת חוק. ערבויות כנגד מעצר שרירותי וכנגד חקירה פסולה, הפוגעת בצלם של הנחקר, ובראש וראשונה פיקוח תכוף ואפקטיבי של בית המשפט על המעצר ועל החקירה, דרושים תמיד, לרבות בעתות חירום, על מנת לשמור על כבוד האדם וחירותו. החוק משמיט ערבויות חיוניות אלו כלאחר יד, מתוך תפיסה המנוגדת לעיקרון הפרדת הרשויות, הרואה במעורבותו של שופט בהליכי המעצר משום פגיעה בחקירה וזאת באמתלה של שמירה על ביטחון.

6. כפי שיפורט בהמשך, הוראת השעה הוארכה כבר לתקופה מצטברת של ארבע שנים וחצי, ועתידה להפוך לחלק מחוק קבוע של מדינת ישראל. בית המשפט הנכבד מתבקש לומר דברו ולמנוע את המשך עקירת הערובות החיוניות לחירויות האדם בהליך הפלילי.

2. רקע עובדתי

א. גלגול הגולם - מהוראת שעה לחוק קבוע

7. ביום 29.6.06 נכנס החוק לתוקף (ס"ח התשס"ו 364). החוק נקבע תחילה כהוראת שעה ל-18 חדשים. הוראות החוק מקנות למשיבים 2 ו-3 סמכויות מרחיקות לכת:

- (א) סמכות להחזיק חשוד במעצר ללא הבאתו בפני שופט עד ל-96 שעות (סעיף 3 לחוק);
- (ב) סמכות לנהל דיוני הארכת מעצר, עיון חוזר וערר בהיעדרו של החשוד (סעיף 15(1) ו-2 לחוק);
- (ג) סמכות שלא להודיע לעצור על ההחלטה להאריך את מעצרו אשר התקבלה בהעדרו (סעיף 5(4) לחוק);
- (ד) סמכות להאריך את המעצר עד ל-20 יום בצו אחד (סעיף 4(1) לחוק);
- (ה) סמכות להחזיק את החשוד במעצר עד ל-35 ימים בסה"כ לפני הגשת כתב אישום (סעיף 4(2) לחוק).

8. הוראת השעה התקבלה ב-2006 בכוונה מוצהרת, כי תוחלף בחוק קבוע בתוך תקופת תוקפה, וכי תונח על שולחן הכנסת במסגרת זמן זה הצעת חוק, שתסדיר את מכלול הסמכויות הקשורות לסיכול פעולות טרור וחקירת עבירות ביטחון (ראו דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 2; דברי נציגי משרד המשפטים בדיוני וועדת חוקה, חוק ומשפט בפרוטוקול ישיבה מס' 14 של הוועדה, הכנסת ה-17, 25.6.2006).

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2006-06-20.html>.

9. יו"ר וועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ פרופ' מנחם בן-ששון, הצהיר על כוונתו שלא להאריך את הוראת השעה מעבר ל-18 חדשים, אלא לחוקק בעוד מועד חוק חדש, שיכלול איזונים טובים יותר בין זכויות האדם לבין צרכי בטחון, בהציגו את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית בתאריך 27.6.06:

"... מה קורה או מה יקרה במהלך השנה וחצי הקרובה, שבה החוק קיים. במהלך התקופה הזאת ייחקק חוק נגד טרור, שנבחן אותו כפי שצריך לבחון חוק, לא עם הוראות מנדטוריות. יהיה חוק מעודכן, כך הובטח לנו. אני מקווה שנבוא אל הכנסת עם חוק שאפשר יהיה לסמוך עליו את ידינו, שתמיד הוא יהיה בתווך בין זכויות האזרח לבין צורכי ביטחון. תמיד יהיה אפשר להגדיר את המקום הזה כמדרון חלק, אבל צריך יהיה לעמוד על המשמר שהוא יהיה קרוב יותר לנקודת האי-הידרדרות, עם החסמים, על מנת שנוכל להיות רגועים שזכויות האזרח

אינן נשללות... " (27.6.06 מס' מ/206 ; "דברי הכנסת", חוב' יא', עמ' 69).

שנה לאחר מכן חזר ואמר ח"כ בן-ששון :

"אין לנו ענין להאריך הוראת השעה, יש לנו ענין לסייע לכם בהתקדמות בחוק..." (פרוטוקול מס' 211 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 5.6.07 עמ' 5).

10. למרות זאת, ביום 18.12.07 האריכה הכנסת את תוקפה של הוראת השעה בשלוש שנים נוספות, לתקופה מצטברת של ארבע שנים וחצי (ס"ח התשס"ח 79). אף נאמר ע"י נציגת המשיב 1, כי טיוטת הצעת החוק הקבוע למאבק בטרור מאמצת את ההסדר שבחוק כמות שהוא וכדבריה: "הסעיפים האלה בטיוטה הנוכחית [של תזכיר חוק המאבק בטרור] כלולים כמו שהם. אני כבר יכולה לומר שהופנו אלינו בקשות גם מצד גורמי האכיפה וגם מצד גורמים אחרים לתקן אותם, אולי אפילו לחומרה". (פרוטוקול מס' 379 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 12.12.07 עמ' 2).

ב. הצדדים לעתירה

11. העותרים הינם עמותות ישראליות, הנאבקות למען קידום זכויות האדם והגנה עליהן, לרבות זכויות חשודים ועצורים בהליך הפלילי.

12. המשיב 1 מוסמך מכוח סעיף 8 לחוק לדווח לוועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת על יישומן הלכה למעשה של הוראותיו. נציגיו ניסחו את הצעת החוק ואת ההצעה להארכת תוקפו.

13. המשיבה 2 מוסמכת להפעיל סמכויות מעצר על פי החוק.

14. המשיב 3 יזם את החוק ומפעיל סמכויות מכוחו.

ג. היסטוריה חקיקתית – מאבקי המשפטנים ושינויים בהצעת החוק

15. ההיסטוריה החקיקתית של הוראת השעה חשובה לצורך הבנת תכליותיה האמיתיות. הליכי החקיקה משכו מעורבות יוצאת דופן בעוצמתה של ארגוני זכויות אדם ישראלים ובינלאומיים ושל משפטנים בכירים. הביקורת שמתחו על החוק רלוונטית גם היום.

16. ביום 18.9.05 הפיץ משרד המשפטים תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - הוראות מיוחדות לחקירת עבירות ביטחון של מי שאינו תושב) (הוראת שעה), התשס"ה-2005. ביום 31.10.05 פורסמה הצעת החוק.

התזכיר מצ"ב ומסומן ע/1. הצעת החוק מצ"ב ומסומנת ע/2.

17. הצעת החוק ביקשה להעניק לרשויות החקירה בישראל סמכויות אכיפה דראקוניות, אשר יחולו אך ורק על מי שאינם תושבי המדינה. בין השאר הוצע לאפשר השהיית הבאת עצור בפני

שופט למשך 96 שעות; לאפשר הארכת מעצרו של חשוד למשך 20 ימים בצו אחד; לאפשר הארכת מעצר עד 40 ימים ללא אישור היועמ"ש; ולאפשר מניעת מפגש עם עורך דין עד 50 ימים. בנוסף, הוצע לאפשר שלילת זכותו של עצור להיות נוכח בחלק מהדיונים, הנוגעים לעניינו, ולאפשר מניעת יידועו על החלטות, שהתקבלו בעניינו.

18. בתזכיר, ולאחר מכן בדברי ההסבר להצעת החוק, הוסבר כי "עד סיום הממשל הצבאי באזור חבל עזה היו לרשויות החקירה סמכויות אכיפה רחבות יותר מהסמכויות המוענקות... על פי חוק המעצרים, זאת מכוח תחיקת הביטחון שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה. עם סיום הממשל הצבאי... אין עוד לרשויות החקירה סמכויות כאמור בהתייחס לתושבי חבל עזה (סמכויות כאמור על פי תחיקת הביטחון נשארו בהתייחס לאזור יהודה והשומרון). הצורך בסמכויות אכיפה רחבות יותר ממשיך להתקיים גם לאחר סיום הממשל הצבאי בעזה והוא נדרש ביחס לחקירת כל עצור בעבירת ביטחון שאינו תושב ישראל בשל המאפיינים המיוחדים של חקירה כאמור..." (עמ' 2 לדברי ההסבר).

19. הצעת החוק גררה התנגדות חריפה של ארגוני זכויות אדם ישראלים ובינלאומיים, של אקדמאים ושל אנשי ציבור רבים. חברי כנסת מסיעות שונות, יושבי ראש וועדת חוקה ויועצים משפטיים של גופים שונים בכנסת הביעו הסתייגויות חריפות מהצעת החוק. כולם כאחד הביעו דאגה עמוקה מהפגיעה העצומה בזכויות האדם הכרוכה בהצעה, ומהאפליה הפסולה הקבועה בה.

פניות העותרים

20. העותרים פנו בשורה ארוכה של מכתבים לכל הגורמים המעורבים בשלבי הליכי חקירת החוק, החל מפרסום התזכיר, עובר לדיונים בוועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת ה-16 ועד לאחרון הדיונים בכנסת ה-17. במכתביהם התריעו העותרים על חוסר החוקתיות שבהצעת החוק וכן על כך שהיא עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי של זכויות אדם. מכתביהם הראשונים מצורפים לעתירה כלהלן:

- א. מכתבה מיום 6.10.05 של ב"כ העותרת מס' 2 לשרת המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה, מצ"ב ומסומן ע/3.
- ב. מכתבה מיום 14.10.05 של ב"כ העותרת מס' 3 לראש הממשלה, לשרת המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה, מצ"ב ומסומן ע/4.
- ג. מכתבו מיום 6.11.05 של ב"כ העותר מס' 1 אל יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, מצ"ב ומסומן ע/5.

קריאת 25 הפרופסורים לכנסת

21. ביום 8.3.06 נשלח מכתב לוועדת חוקה מכתב, עליו חתמו עשרים וחמישה מבכירי המשפטנים בארץ בתחומי המשפט הפלילי והחוקתי, ביניהם הפרופסורים דוד קרצמר, מרדכי קרמניצר, מיירי גור אריה, רון שפירא, אהרן אנקר, עמנואל גרוס, קנת מן, לסלי סבה והיועץ המשפטי לממשלה לשעבר מיכאל בן יאיר. משפטנים אלה תקפו בחריפות את הצעת החוק:

“הצעת החוק משמיטה את הבסיס ממנגנוני הביקורת המינימליים, הדרושים בכדי להבטיח שמירה על זכויותיו של אדם, הנחקר מאחורי סורג ובריח, ועל צלמו כאדם ... [ההצעה] מאפשרת לרשויות לחקור בני אדם במעצר הרחק מעינו המפקחת של בית המשפט, ופותחת פתח חמור להשגת הודאות - ואף הודאות שווא - בשיטות פסולות”.

העתק מכתב המשפטנים מצ"ב ומסומן ע/6.

פניית הסניגוריה הציבורית

22. הסנגורית הציבורית הארצית, עו"ד ענבל רובינשטיין, הגישה ביום 13.3.06 לוועדת חוקה מסמך התנגדות מפורט להצעת החוק. היא הדגישה את חוסר הנחיצות שבהצעה, לאור ההסדרים הקיימים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, וכן הביעה עמדה נחרצת לגבי אי החוקתיות של החוק המוצע, תוך הבעת חשש שהתכלית הסיכולית של החוק תיצור עיוותים חמורים בהליך הפלילי. וכפי שנאמר שם:

“אין אנו רואים כיצד בידוד הנחקר והותרתו נתון לחסדי הרשות החוקרת לתקופה ארוכה של 96 שעות, תוך מניעת פיקוח שיפוטי על דבר מעצרו בתקופה זו, או מניעת מגע בינו לבין בית המשפט בהארכות מעצר המשכיות, והכל תוך אפשרות לדחות את המפגש עם סניגורו ולמנוע ממנו קבלת ייעוץ משפטי לגיטימי לתקופה המגיעה עד לכדי 50 ימים, הינם נחוצים, ומדוע לא ניתן להסתפק בהסדרים הקיימים כיום בחוק המעצרים. ...
הדגשנו, כי מובן לנו הצורך בסיכול הסכנות הבטחוניות האורבות למדינת ישראל בנסיבות הנוכחיות. יחד עם זאת, בצד הגשמתה של תכלית זו יש לנקוט בהסדר מידתי העומד במבחן הנורמטיבי של חוק היסוד. לנו נראה כי הצעת החוק בנוסחה הנוכחי אינה עומדת במבחן המידתיות שהוא מבחן חוקתי, והיא טעונה שינויים ושיפורים רבים.”

העתק מכתבה של הסניגורית הציבורית הראשית מצ"ב ומסומן ע/7.

פניותיהם של משפטנים וארגוני זכויות אדם בינלאומיים

23. ביום 2.11.05 פנה ה- International Commission of Jurists (ICJ) אל יו"ר ועדת חוקה והביע דאגה עמוקה מהצעת החוק, הפותחת פתח מסוכן למעצר ממושך בבידוד, דבר הנוגד את התחייבויות ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי.

תמצית המכתב, כפי שפורסם באתר האינטרנט של האיגוד, מצ"ב ומסומן ע/8.

24. ביום 4.11.05 פנה ה- International Federation for Human Rights (FIDH) אל שרת המשפטים ויו"ר ועדת חוקה בהפצרה לשוב ולבחון את הצעת החוק. משפטני ה-FIDH הצביעו על הקשר בין נוכחותו של חשוד בבית משפט לבין מניעת עינויים:

“The suspect’s presence in court at the hearings is an important guarantee against torture and abuse in conformity with Article 11 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ratified in Israel in October 1991

and which provides that «Each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment in any territory under its jurisdiction, with a view to preventing any cases of torture».”

העתק הפניה מצ"ב ומסומן ע/9.

25. למאבק נגד הצעת החוק הצטרף אף ארגון Human Rights Watch, אשר פנה ביום 15.3.06 אל ועדת חוקה בדרישה מנומקת לדחות את הצעת החוק. הארגון עמד על המקורות השונים במשפט הבינלאומי, השוללים החזקת עצורים בבידוד, ובחן את חוקיות הצעת החוק לאור התחייבויותיה של המדינה תחת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966.

מכתב הארגון מיום 15.3.06 מצ"ב ומסומן ע/10.

26. ביום 3.3.06 פנה הדווח המיוחד של האו"ם לקידום ולהגנה של זכויות האדם וחירויות בסיסיות במהלך לחימה בטרור, Professor Martin Scheinin, אל ממשלת ישראל והביע את דאגתו מנוסחה של הצעת החוק, המנוגדת לסטנדרטים בינלאומיים של זכויות האדם אף במסגרת הלחימה נגד הטרור. הדווח חיווה את דעתו על היחס בין חקירה אפקטיבית לבין שמירת זכויות העציר כדלקמן:

“[T]he position that effective interrogation would be prevented by access to counsel or a right to appear in person before a judge is in my view fundamentally flawed. Respect for human rights of a detainee is not an obstacle to but a precondition for an effective fight against terrorism. Consequently I take the view that the provisions of the draft law in relation to the periods of incommunicado detention, access to a lawyer, and the right to appear before a judge are incompatible with the ICCPR [International Covenant on Civil and Political Rights].”

העתק פניית הדווח מצ"ב ומסומן ע/11.

27. בעקבות התנגדויות אלו והדיונים שנערכו בוועדת החוקה, ביטלה הוועדה בהנהגתו של ח"כ מיכאל איתן את ההבחנה בין תושב למי שאינו תושב. ביטול האפליה ה**רחיב** את התחולה של הצעת החוק גם על אזרחי ישראל. בנוסף, הוציאה הוועדה מקצת מהעבירות הקלות יותר מהגדרת "עבירות ביטחון", הידקה במקצת את העילות להפעלת סמכויות וקיצרה את התקופות המירביות למניעת מפגש עם עורך דין ולמעצר לפני הגשת כתב אישום.

הצעת החוק המתוקנת בכנסת ה-17

28. בין לבין, התפזרה הכנסת ה-16. הוחל דין רציפות על הצעת החוק, אשר הובאה בנוסחה המתוקן להמשך דיונים בפני ועדת החוקה של הכנסת ה-17. שוב זכתה ההצעה לביקורת של ארגונים ישראלים ובינלאומיים רבים.

29. האיחוד הבינלאומי לזכויות האדם (FIDH) והוועד הבינלאומי של משפטנים (ICJ) חזרו ופנו ליורר הוועדה ביום 16.6.06 בדרישה לבחון מחדש את הצעת החוק ולהתאימה להתחייבויות ישראל מכוח המשפט הבינלאומי.

העתקי פניותיהם מצ"ב ומסומנים ע/12 ו-ע/13 בהתאמה.

30. למאבק נגד הצעת החוק הצטרף בשלב זה ארגון Amnesty International, אשר פנה אל יורר ועדת החוקה בדרישה לא לתמוך בהצעת החוק ואף לתקן את ההוראות הקיימות בדן הישראלי, המאפשרות החזקת עצורים בבידוד תוך שלילת זכותם להפגש עם עורך-דין, בניגוד לסטנדרטים הבינלאומיים המקובלים. הארגון הסביר:

“Amnesty International is concerned that in its latest version this draft law contains provisions which are inconsistent with international human rights treaties to which Israel is a State Party, notably Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)... If enacted, this law would significantly increase the risk that those detained incommunicado for such prolonged period could be subject to torture or ill-treatment...”

העתק פניית הארגון מיום 16.6.06, מצ"ב ומסומן ע/14.

31. בעקבות ההתנגדויות של ארגוני זכויות האדם וההסתייגויות של רבים מחברי ועדת החוקה, תיקנה הוועדה בראשותו של פרופ' בן-ששון את הצעת החוק פעם נוספת ובין השאר ביטלה את ההוראה, המאריכה את תקופות מניעת מפגש בין עו"ד לחשוד מעבר לתקופות, הקבועות בחוק המעצרים. כמו כן הוסיפה הוועדה להצעה את סעיף 8, הקובע חובת דיווח אחת לחצי שנה בדבר יישום החוק. החוק התקבל ביום 29.6.06.

32. ביום 18.12.07 החליטה הכנסת על הארכת תוקף הוראת השעה לשלוש שנים. לקראת הדיונים בהצעת ההארכה פנו העותרים לוועדת חוקה, חוק ומשפט בבקשה, כי הוועדה תימנע מהארכת תוקף החוק. מאמצים אלו כשלו והחוק הוארך עם תיקונים קלים בעניין מנגנון הדיווח.

הנוסח המלא של החוק כפי שהתקבל ביום 18.12.07 מצ"ב ומסומן ע/15.

ד. יישום החוק הלכה למעשה

הנתונים שנמסרו לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת

33. עד היום נמסרו לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת דיווחים על אופן יישום החוק לגבי החציון השני של שנת 2006, החציון הראשון של שנת 2007 והחציון השני של שנת 2007 עד ליום 15.11.07.

העתקי הדיווחים מצ"ב ומסומנים ע/16, ע/17 ו-ע/18 בהתאמה.

34. בהקשר זה יצויין, כי תחילה ביקשו המשיבים למנוע פרסום דיווח זה, והעותרים הגישו עתירה מינהלית בעניין. לאחר הגשת העתירה, ולקראת הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט, פורסמו הנתונים.

הפעלת הוראות החוק בד בבד עם מניעת מפגש עם עורך דין

35. סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**) מתיר מניעת מפגש של עצור החשוד בעבירת ביטחון עם עורך דין לתקופה של עד 21 ימים. אין צורך לומר, כי ככל שהוראת השעה מופעלת בצירוף מניעת מפגש עם עורך דין, הפגיעה בזכויות העצור מתעצמת.

36. בדיון בפני ועדת חוקה ביום 5.6.07 על יישום החוק, שאל ח"כ דוד רותם את ראש אגף החקירות בשב"כ בנושא זה אבל לא התקבלה תשובה ברורה (פרוטוקול מס' 211, עמ' 6-7):

"דוד רותם:

זה שמגיע עורך-דין לדיון, ולא יכול לדבר עם הלקוח וכן הלאה, נכון שמבחינה טכנית היה סנגור, השאלה, אם במקרים האלה עשו שימוש גם באותו סעיף שאסר פגישה עם עורך-דין. ... אתה אומר שתמיד היה הסנגור, השאלה היא, האם הסנגור הזה שהיה גם דיבר עם הקליינט שלו.

ראש אגף חקירות:

בהחלט יש מקרים שהיתה גם מניעת פגישה, אבל זה לא חלק מהחוק. "

העתק העמודים הרלבנטיים בפרוטוקול מצ"ב ומסומן ע/19.

37. למיטב ידיעת העותרים, המשיבים נוהגים להפעיל את הוראת השעה במקביל למניעת מפגש עם עורך דין. בהפעלת המשולבת של הוראות החוק יחד עם הוראת סעיף 35 לחוק המעצרים, יש פגיעה מצטברת בזכויות האדם של העצור. פגיעה מצטברת זו היא אשר צריכה לעמוד במוקד הבחינה החוקתית.

38. חשודים, עליהם חל החוק, נתונים לגריעה נוספת מזכויותיהם בהשוואה לחשודים אחרים. סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב – 2002, קובע כהוראת שעה כי החובה לתעד חקירת חשוד בתיעוד חזותי או בתיעוד קולי לפי סעיפים 7 ו-11 לחוק, לא תחול על חקירת חשוד בעבירות ביטחון. הוראת שעה זו תקפה למשך חמש שנים מיום תחילת

החוק, עד ליום 4.7.08. ברם, על פי תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון) - חקירת חשוד בעבירת ביטחון), התשס"ח - 2008, מוצע להפוך את הוראת השעה להוראת חוק קבועה. (ניתן למצוא את התזכיר באתר

<http://www.mops.gov.il/NR/rdonlyres/BF3928C0-6C4E-4D10-98CD-4220C981D411/0/InvestigationSecuritySuspectMemorendumofLaw.pdf>

חובת התייעוד על פי חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) אינו חל בכלל על חקירת השב"כ, אלא רק על המשטרה, כך שבשלב העיקרי של חקירת החשוד בעבירת ביטחון, הוא חשוף בכל מקרה לסיכונים התעללות אשר לא יתועדו. אם לא יראה החשוד שופט ולא יראה עורך דין בזמן החקירה, לא יוכל להתלונן על פגיעה בו ולהצביע בפניהם על סימנים, אשר גם לא יתועדו. הכרסום האדיר בזכויותיו של חשוד בעבירת ביטחון, הן מכח הוראות החוק נשוא העתירה והן מכח הוראות חוק אחרות, מציבה את החשוד חשוף ופגיע ללא כל ערובה או הגנה, למעט הביקורת השיפוטית בה מכרסם חוק זה.

הפעלת החוק נגד פלסטינים בלבד

39. לשונו של החוק היום, להבדיל מהצעת החוק, אינה מפלה בין חשודים תושבי המדינה לבין חשודים זרים. ברם, הלכה למעשה, ככל שידוע לעותרים, חוק זה מיושם אך ורק כלפי בני הלאום הפלסטיני.

40. על פי הערכות, שמסר ראש אגף החקירות של המשיב 3 בישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט בתאריך 5.6.2007 לגבי תחולת הוראות השעה (פרוטוקול מס' 211, עמ' 12):

"מעל 90% מהעצורים מרצועת עזה, אבל היו מקרים של נחקרים שאינם מרצועת עזה, ממזרח ירושלים, ומבין ערביי ישראל .. [שהם] אזרחים ישראלים".

41. כך, למשל, הוראות החוק הופעלו נגד פלסטיני אזרחי ישראל בעל אזרחות כפולה קנדית, המשמש כפרופסור באוניברסיטת עקרון שבארה"ב. פרופסור גאזי מוחמד פלאח נחשד, כי צילם אתרים ישראלים עבור החיזבאללה. בשל הפעלת הוראות החוק לא היתה לפרופסור פלאח כל דרך להתנגד להמשך מעצרו, שכן הדיון התקיים בהיעדרו ובמקביל נאסר עליו לפגוש את סניגורו, עו"ד חוסין אבו חוסין. אף הדיון בערר שהגיש סניגורו התקיים שלא בנוכחותו. הוא שוחרר לאחר 23 ימי מעצר ללא תנאים מגבילים. כפי שתיאר פרופסור פלאח את חווייתו המשפילה והטראומטית:

"My harrowing experience... can accurately be described as hell.... For most of my interrogation, the interrogators kept me in a small, underground, windowless cell in the Jalami prison (its Arabic name, known in Hebrew as Kishon Prison), located to the east of Haifa. They moved me from one solitary cell to another. Occasionally they brought another prisoner to share my cell. In the cell was a dirty, stinking hole, located directly next to my bed. This hole served as toilet. The bed was a sheetless pad of 2 inches.... Held underground

in thin prisoner clothing I was freezing most of the time. I was kept basically in solitary confinement in complete isolation from the world, with no contact to a lawyer or anyone in my family, and was not even allowed to have a watch, let alone anything to read. It was over three weeks of psychological torture, and engineered to be precisely that. At one point I was interrogated without permission to sleep for some sixty hours straight" ("The Politics of Doing Geography: 23 Days in the Hell of Israeli Detention", *Environment and Planning D: Society and Space* 2007, volume 25, pages 587-588).

<http://www.envplan.com/epd/editorials/d2504ed.pdf>

העתקי פרוטוקולי הדיונים וההחלטות בפני בית משפט השלום בעכו, בענין קיום דיוני הארכת מעצרו של פרופ' פלאח בהעדרו (מתאריך 21.7.06) ובענין הארכת המעצר (מתאריך 23.7.06), ובפני בית המשפט המחוזי בחיפה בענין קיום דיוני הערר בהעדרו ובענין הערר נגד הארכת המעצר (מתאריך 24.7.06), מצורפים לעתירה ומסומנים ע/20א, ע/20ב ו-ע/21 בהתאמה.

3. הטיעון המשפטי

א. מושכלות יסוד

42. החוק פוגע אנושות בזכויות חוקתיות יסודיות, בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

43. בהמשך נבחן אחת אחת, באופן נפרד, את ההוראות השונות של החוק. נראה, כי כל אחת מהן בפני עצמה אינה חוקתית. אולם חשוב להדגיש, כי כדי להבין את עומק הפגיעה בזכויות החשוד, יש להסתכל גם על הוראות החוק כמכלול, בשילוב עם סעיף 35 לחוק המעצרים, המאפשר מניעת מפגש עם עורך דין. משמעותו, כי **ניתן לקחת אדם, לשלול את חירותו ולחקור אותו במתקן של השב"כ למשך שלושה שבועות, כאשר הוא מנותק לחלוטין מהעולם החיצון ומובא פעם אחת בלבד לבית המשפט**. אדם במצב כזה כבר אינו אדם, בעל זכויות בהליך פלילי הוגן. אין לו דרך להתנגד למעצרו, לערור נגדו או לעתור בעתירת הביאס קורפוס. אין לו הזדמנות להתלונן על תנאי כליאה משפילים או על התעללויות פיסיות או נפשיות בזמן החקירה. הוא מוחזק חסר יכולת לממש זכויות אדם בסיסיות, ככלי בידי חוקריו ותלוי בהם לחלוטין.

44. בבואנו לבחון את החוק, עלינו לחזור ולשנן מושכלות יסוד. אדם, החשוד בביצוע עבירה, הוא אדם, ששאלת אשמתו והקשר שלו לעבירה נבדקת ונבחנת. הוא אדם, אשר זכאי ליהנות מחזקת החפות. החוק ממוטט את הערובות המינימאליות, שמטרתן להבטיח, כי חירותו של חשוד לא תישלל מעבר למה שנדרש באופן הכרחי; כי חקירה תתנהל באופן המכבד את זכות החשוד לכבוד ולשלמות גופנית; כי אדם לא ייחשף לתנאי החקירה, המביאים אותו להודות במעשה, שלא ביצע; וכי זכויותיו במשפט הפלילי, העשוי לצמוח מהחקירה, תישמרנה.

45. בהערכת הסטייה החדה של החוק ממושכלות יסוד אלו בדבר זכויותיו כל אדם בהליך הפלילי, לא ניתן להתעלם מהאפליה שביסוד החוק.

ב. הפגיעה בשוויון על פי מבחן התוצאה והשלכותיה

46. כמפורט לעיל, תחילה ביקשו המשיבים להחיל נורמות של משטר כיבוש בתוך מדינת ישראל על סוג מסוים של בני אדם בלבד - תושבים זרים - תוך שהודגש מפורשות, כי הדבר נחוץ כדי להעניק לרשויות סמכויות מיוחדות לחקור חשודים מעזה. החוק התקבל בסופו של דבר בנוסח אשר אינו מבחין בין עצורים על פי לאומם או מוצאם; אולם, בפועל מיושם החוק אך ורק נגד פלסטינים אזרחי ישראל, פלסטינים תושבי ירושלים, ובעיקר פלסטינים תושבי עזה.

47. תוצאה מפלה, גם ללא כוונת אפליה, עשויה להוות פגיעה בלתי חוקתית בזכות לשוויון; כך במיוחד במקרה כגון דא, כאשר כוונת המשיבים מלכתחילה היתה לקבוע מפורשות בחוק, כי הוא יחול רק על קבוצה מסוימת של בני אדם. ראו דברי השופט זמיר בבג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 176(2000); בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998). כדברי הנשיא ברק בפרשת ועדת המעקב (פסקה 18 לפסק דינו):

"המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת".

48. מדינת ישראל הינה צד לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) משנת 1965 (כ"א 25, 457, אושררה ב-1979). על פי סעיף 5 לאמנה זו, על המדינות שהינן צד לאמנה למנוע ולבער אפליה גזעית ולהבטיח את זכותו של כל אחד לשוויון בפני החוק, ללא זיקה לגזעו, לאומו או למוצאו האתני. סעיף 5(א) לאמנה הנ"ל מעגן את חובת המדינות להבטיח שוויון בפני הערכאות המשפטיות וכל זרועות המערכת המשפטית.

49. בשנת 2005 פורסמה הפרשנות הרשמית של סעיף 5(א) לאמנה דלעיל, בה הודגשה חובתן של המדינות לכבד את הוראותיו של סעיף זה במיוחד במערכת אכיפת הדין הפלילי ואת החובה לבער כל צורה של חקיקה המכשירה אפליה במערכת אכיפת החוק לרבות חקיקת ביטחון:

"B. Legislative indicators

The following should be regarded as indicators of potential causes of racial discrimination:

...

The potential indirect discriminatory effects of certain domestic legislation, **particularly legislation on terrorism** ... States should seek to eliminate the **discriminatory effects** of such legislation ..."

(General Recommendation 31 on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the

Criminal Justice System, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, sixty-seventh session, 2-19 August 2005.)

50. לא זו אף זו, הוועדה אף דנה באופן ייחודי באפליית מי שאינם תושבי המדינה. בכל הנוגע לצעדים שעל המדינות לנקוט בהקשר לזרים נקבע, כי על המדינות לבחון, לשפר ולתקן כל דבר חקיקה באופן שיהלום את עקרונות האמנה נגד אפליה ושיאפשר יישום אותם עקרונות ללא אפליה. על המדינות להבטיח אכיפה שוויונית של החוק:

"Ensure that legislative guarantees against racial discrimination apply to non-citizens regardless of their immigration status, and that the implementation of legislation does not have a **discriminatory effect on non-citizens**".

(General Recommendation No. 30: Discrimination against Non-Citizens, 1.10.2004.)

51. כפי שיפורט בהמשך, הוראות החוק פוגעות בזכויות העצורים על פי המשפט הבינלאומי, אליו מחוייבת מדינת ישראל. האפליה הטמונה בחוק מהווה אם כן הפרה בוטה של חובת המדינה, המעוגנת בסעיף 12(1) **לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות** משנת 1966 (כ"א 31, 269, אושרה על ידי ישראל ב-1991 ונכנסה לתוקף לגביה בשנת 1992):

"...to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

אמנה זו גם מעגנת את הזכות "להגנה שווה בפני החוק" (סעיף 26). על יסוד החובה שבמשפט הבינלאומי לזכויות אדם, שלא לפגוע בזכות לחירות באופן מפלה, פסל בית הלורדים חוק שהתיר החזקת זרים, החשודים בעבירות טרור, במעצר מינהלי: *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68 (Lord Bingham par. 45 – 70, Lord Hope, par. 135 – 138).

52. החוק יוצר נורמה אשר שוללת זכויות אך ורק מקבוצה לאומית מסוימת של בני אדם, קבוצה שהוגדרה מראש כיעד להפעלת החוק. על פי מבחן התוצאה, למעשה מביא החוק להפליה פסולה נגד חשודים פלסטינים, מרביתם לא אזרחים, ופוגעת שלא כדין בזכותם לשוויון.

53. הפגיעה של כל אחת ואחת מהוראות החוק בזכויות אדם אוניברסאליות ובערבויות להליך הוגן, אשר יפורטו בסעיפים שלהלן, אינה נהפכת למידתית ולמוצדקת כשפגיעה זו מוגבלת לקבוצה אחת המופלית לרעה, אלא להיפך. כאשר החוק פוגע רק ב"אחר", הפגיעה בזכויות יסוד חמורה שבעתיים.

ג. סעיף 3 לחוק - השהיית הבאת עצור בעבירת ביטחון לפני שופט

54. סעיף 3 לחוק קובע, כי על אף הוראות סעיפים 17(ג) ו-29(א) לחוק המעצרים, הקובעים כי יש להביא עצור בפני שופט בתוך 24 שעות, ניתן להשהות הבאת חשוד בעבירת ביטחון בפני שופט למשך ארבעה ימים:

על אף הוראות סעיפים 17(ג) ו-29(א) לחוק המעצרים, ובלי לגרוע מהוראות סעיף 30 לאותו החוק, רשאי קצין ממונה –
(1) אם שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך הבאת עצור בעבירת ביטחון לפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה – להשהות הבאת העצור לפני שופט לתקופה שלא תעלה על 48 שעות מתחילת המעצר;
(2) בהחלטה מנומקת בכתב ובאישור הגורם המאשר, אם שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך הבאת עצור בעבירת ביטחון לפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם – להשהות את הבאת העצור לפני שופט לתקופות נוספות שלא יעלו על 24 שעות, ובלבד שסך כל תקופות ההשהיה לפי סעיף זה לא יעלה על 96 שעות מתחילת המעצר; ואולם החלטה להשהות את הבאת העצור לפני שופט לתקופה העולה על 72 שעות טעונה גם אישור ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי או סגנו. המועד שהובא בו עצור בעבירת ביטחון לפני שופט יתועד בכתב בידי בית המשפט.

55. סעיף 30 לחוק המעצרים קובע, כי הקצין הממונה רשאי להשהות הבאת עצור בפני שופט עד 48 שעות משעת מעצרו, אם מצא כי יש צורך לבצע פעולת חקירה דחופה, שלא ניתן לבצעה אלא תוך כדי מעצרו של החשוד, ולא ניתן לדחותה עד לאחר הבאתו בפני שופט, או אם מדובר בעבירת ביטחון, ויש צורך בפעולה דחופה, בקשר לחקירה. **כלומר, גם ללא הוראת השעה, ניתן להשהות הבאת עצור בפני שופט עד 48 שעות, כאשר יש צורך בפעולת חקירה דחופה שאינה סובלת את הדיחוי, הכרוך בהבאת העצור בפני שופט.**

56. משמעות הדבר, כי הוראת השעה מאפשרת עיכוב הבאת עצור בפני שופט בעבירות ביטחון עד 48 שעות, **גם כאשר לא נדרשת כל פעולה דחופה בקשר לחקירה.** עצם קיום ההליך השיפוטי הוא אשר נתפס כמפריע לחקירה, והשאיפה היא לקיום חקירה רציפה ואינטנסיבית, אשר אינה מאפשרת ולו הפסקה קצרה, לשם הבאת העצור בפני שופט.

57. הנחת היסוד, כי עצם הפסקת התשאול לשם קיום ביקורת שיפוטית הוא דבר, הפוגע ביעילות החקירה, עוברת כחוט השני בסעיף 3 להוראת השעה. הסמכות להשהות הבאת עצור בפני שופט עד 96 שעות קמה גם היא, כאשר "הפסקת החקירה לצורך הבאת עצור... לפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה". אמנם נדרש בנוסף, כי יש בפגיעה בחקירה כדי "לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם", אולם הפגיעה בחקירה נובעת שוב מעצם קיום ההליך השיפוטי.

פגיעה בזכות החוקתית לחירות ובזכות להליך הוגן בהליך המעצר

58. החירות האישית היא זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו היא מן החשובות ביותר המוקנות לאדם. כדברי השופט זמיר בפרשת צמח (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 262-261 (1999) (להלן: עניין צמח)):

"החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות... כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין'. רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד. אכן, שלילת החירות האישית בדרך של מאסר היא העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים" (ההדגשה אינה במקור).

וראו גם את דברי הנשיא ברק בפרשת מרעב (בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349, 364 (2003) (להלן: פרשת מרעב):

"...תמיד יש לזכור כי מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש. המעצר הוא החריג..."

59. שלילת הזכות לחירות ללא ביקורת שיפוטית נאותה, המתקיימת ללא דיחוי, מהווה פגיעה בחירות שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק היסוד. היא פוגעת בזכות היסודית להליך הוגן בדיוני מעצר, זכות חוקתית הנגזרת מהזכויות לכבוד ולחירות (ראו: עניין צמח; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (1995)).

60. בפרשת צמח פסל בית משפט נכבד זה הוראה, שאיפשרה מעצר חיילים ללא ביקורת שיפוטית למשך 96 שעות, תוך שנקבע כי ההוראה פוגעת בזכות לחירות:

"מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית. מעצר כזה, להבדיל ממאסר, אינו מוטל על-ידי בית-המשפט, לאחר הליך שיפוטי, כעונש על ביצוע עבירה. הוא מוטל על-ידי רשות מינהלית על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, על יסוד חשד בלבד." (פרשת צמח, 262).

61. על 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(1) 97, 105 (1997); פרשת מרעב, 368; רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי-תל אביב, פ"ד נב(1) 697, 715 (1998) (להלן: פרשת וילנצ'יק); בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 350, 355 (1998) (להלן: פרשת אל-עמלה); בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 819 (1988) (להלן: פרשת סג'דיה).

62. הביקורת השיפוטית משמשת אמצעי חיוני להגנה מפני מעצר שרירותי, ותנאי הכרחי לשמירה על הזכות לחירות מפני פגיעה בלתי מוצדקת בה. יפים לעניין זה דבריו של השופט זמיר בפרשת אל-עמלה:

"...חירות האדם יקרה מכדי שתופקד בידי של המפקד הצבאי בלבד. לכן הדין מכפיף את המפקד לשופט – צו המעצר נתון לביקורת שיפוטית. הביקורת השיפוטית היא קו ההגנה על החירות, ויש לשמור עליה מכל משמר." (פרשת אֶל-עמלה, 350)

וכן דבריו של הנשיא ברק בפרשת מרעב :

"המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק... היא מבטיחה כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין ביטחונו של הכלל – איזון המונח ביסוד דיני המעצר – יישמר..." (פרשת מרעב, 368).

ובפרשת וילנצ'יק :

"...מידת רגישותה של חברה לשמירה על חירותו של הפרט מתבטאת בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית הפוגעת בחירות שבה היא מכירה..." (פרשת וילנצ'יק, 715)

פגיעה בזכויות החוקתיות לכבוד ולשלמות הגוף

63. פגיעתה של ההוראה בזכויותיו של העצור הינה כאמור חמורה במיוחד עקב העובדה, שבמקרים רבים, בהם מופעל החוק, מנועים העצורים מלהיפגש עם עורך דין. בנוסף, הם אינם רשאים לפגוש את משפחתם או להתקשר בטלפון למקורביהם. השהיית הביקורת השיפוטית במצב זה משמעה ניתוק העצורים מהעולם החיצון.

64. ניתוק מסוג זה יוצר קרקע פוריה לשימוש באמצעי חקירה פסולים, הפוגעים בזכות העצור לכבוד ואף לשלמות הגוף. 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.

ראו האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים (כ"א 31, 249) (אושררה ונכנסה לתוקף לגבי ישראל 1991).

בחקירתם של עצירים, החשודים בעבירות ביטחוניות, מתעורר חשש מוגבר לשימוש באמצעי חקירה פסולים (ראו: בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999) (להלן: בג"צ העינויים)); הבאת עצור בפני בית המשפט מאפשרת לשופט להתרשם ממצבו של העצור בצורה בלתי אמצעית, ולוודא שלא נעשה שימוש בעינויים בעת חקירתו (השוו: בש"פ 1144/06 זיאד נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם, 9.2.06) פסקה ט' להחלטה) (להלן: פרשת זיאד)).

65. אכן, במקרה של מעצר חשודים בעבירות בטחון מתעורר חשש מפני שימוש ב"אמצעי חקירה קשים, חריגים ובלתי מקובלים" (פ"ח (י-ם) 775/04 מ"י נ' עזיז, טרם פורסם, 19.1.06), סעיף 26 לדעת המיעוט של השופט נועם). כן ראו: Aksoy v. Turkey (1996) ; Aquilina v. Malta (100/1995/606/695), פסקה 78 לפסק הדין (להלן, "פרשת Aksoy");

ECHR 21 (1999) 25642/94, פסקה 49 לפסק הדין. השופט רובינשטיין התייחס לחשיבות המיוחדת של הביקורת השיפוטית במצב זה:

"...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 חשיבות.**" (פרשת זיאד, פסקה ט' להחלטה; ההדגשה אינה במקור).

66. זאת ועוד. עצם ידיעתו של עצור, כי הוא יובא בפני שופט בהקדם, יש בה כדי לצמצם את החשש, שמא המעצר עצמו, ותחושת הנתק וחוסר האונים שהוא מביא עמו, יביאו את החשוד לשתף פעולה עם חוקריו בניגוד לרצונו, ואף להודות במעשים שלא ביצע. במובן זה מהווה הביקורת השיפוטית ערובה חשובה מפני הפיכת המעצר עצמו לכלי לחץ, ואמצעי חשוב להגנה על זכות השתיקה ועל כבודו של העצור כאדם בעל זכויות.

פגיעה בתקינות המשפט הפלילי

67. חקירה, המתנהלת על פי הוראות החוק, עשויה כמובן להוביל לניהול משפט פלילי נגד החשוד. על כן, השהיית הביקורת השיפוטית עלולה לפגוע לא רק בזכותו להיות חופשי ממעצר שרירותי ומאמצעי חקירה, הפוגעים בזכותו לכבוד. היא עלולה לפגוע גם בזכותו להליך פלילי הוגן. חקירה, המתנהלת ללא פיקוח שיפוטי נאות וללא הקפדה יתירה על זכויות החשוד, היא חקירה, אשר עלולה להצמיח ממצאים בלתי אמינים ולהביא אדם להודות במעשים, שלא ביצע. (ראו: ע"פ 270/65 קייסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561, 565 (1965); ע"פ 242/62 קרייטי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1963)). על כן, החוק עלול גם להביא להרשעות שווא.

פגיעה שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל

68. חוק, אשר מאפשר מעצר של 96 שעות לפני הבאת העצור בפני הרשות השופטת, אינו הולם את ערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. הביקורת השיפוטית מהווה את אחד הרכיבים הבסיסיים במערכת האיזונים והבלמים של הפרדת הרשויות, אשר מהווה חלק מהמאפיינים ה"גרעיניים" וה"מינימליים" של הגדרת המדינה כמדינה דמוקרטית (ראו: בג"צ 2257/04 סיעת חדש-תעל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 703 (2004)). וכפי שנאמר בבג"צ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 172 (1968):

"סמכות השיפוט והבקורת של בתי-המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה".

וראו גם: בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נד ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.2006 (להלן: פרשת ועדת המעקב)), פסקה 26 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

69. ביקורת שיפוטית על מעצר בידי הרשות המבצעת היא הראשונה בכלים, מבחינה היסטורית, שבאמצעותם מפקחת הרשות השופטת על מעשי הרשות המבצעת. מכאן שמתן אפשרות למעצר של 96 שעות ללא קיום ביקורת שיפוטית פוגע בפיקוח של הרשות השופטת על הרשות המבצעת, ובכך פוגע בהפרדת הרשויות (ראו גם: פרשת אל-עמלה, 357). הביקורת השיפוטית על ביצוע מעצרים מהווה גם כלי חיוני לשמירה על שלטון החוק, שהוא עקרון בסיסי נוסף במשטר דמוקרטי.

תכלית בלתי ראויה

70. תכלית סעיף 3 לחוק היא לאפשר חקירה רציפה של חשוד לזמן ממושך, כאשר הוא מנותק מהעולם החיצון ונתון לחסדי כולאיו. מטרתו לאפשר לשב"כ לחקור אנשים ללא "ההפרעה", הכרוכה בקיומה של ביקורת שיפוטית על המעצר ועל אופן ניהול החקירה. תכלית זו, הרואה בהליך השיפוטי "מטרד", הפוגע בהצלחתה וביעילותה של החקירה, סותרת עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית, ופסולה היא.

71. כפי שביט משפט נכבד זה הבהיר בעניין מרעב, תקופת המעצר עד לקיום הביקורת השיפוטית לא נועדה לאפשר לחוקרים זמן מינימלי להשלים את החקירה או להתקדם עמה. תכלית הביקורת השיפוטית לבחון, כבר בראשית החקירה, אם יש הצדקה כלל לקיום חקירה כאשר החשוד במעצר. ההגנה על הזכות לחירות מפני מעצר שווא, והתפיסה הרואה במעצר חריג לכלל, מחייבות ביקורת שיפוטית מיידי על החלטות מעצר של הרשות המבצעת; הביקורת השיפוטית מהווה חלק אינטגרלי מהשתכללות המעצר עצמו:

"...תפיסת יסוד זו אינה מבוססת על ההנחה כי לרשות החוקרים יש להעמיד זמן מינימלי להשלמת החקירה, ורק בסיומו של זמן זה יש מקום למעורבות שיפוטית. 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..." (פרשת מרעב, 73).

72. כמפורט לעיל, סעיף 3 לחוק מאפשר דחיית ההבאה בפני שופט כדי למנוע פגיעה בחקירה כתוצאה מהפסקתה, גם בהעדר צורך בפעולה דחופה. מכאן, שתכלית הסעיף לדחות את הביקורת השיפוטית כדי לאפשר התקדמות בחקירה, בניגוד לתפיסה החוקתית, כי יש לבחון את חוקיות המעצר כבר עם תחילתו. תכלית זו אינה ראויה.

73. זאת ועוד: חקירה רציפה וממושכת, שאין בה אפשרות של הפוגה מספקת אפילו על מנת להביא את החשוד בפני שופט, היא חקירה הגורמת במכוון לתשישות ולסבל, והמנסה "לשבור את החשוד" על ידי התשתו. גם תכלית זו פסולה היא.
השוו עם בג"צ העיננויים, עמ' 840.

שיקולים תקציביים – תכלית שאינה מצדיקה פגיעה בזכויות אדם חוקתיות

74. נציגי המשיבים 1 ו-3 טענו בחלק מהדיונים בוועדת חוקה, כי החוק נדרש בין השאר כדי להתמודד עם הקשיים המנהליים שמתעוררים עקב הצורך להביא את העצורים בפני בית המשפט בצורה יעילה שלא תפגע בחקירה. להלן למשל דברי עו"ד שי ניצן בדיון בוועדה בתאריך 20.6.07:

"להביא אדם בפני שופט במדינת ישראל זה סיפור של כמה שעות טובות, שבהן לא מתנהלת חקירה. נקודה. צריך ליווי לקחת אותו מבית הכלא לבית המשפט, מחכים בתור, צריך סנגור, צריך להביא את הסנגור, הסנגור כרגע באולם השני. בקיצור חצי יום בשעות הקריטיות ביותר יכול לרדת לטמיון. בגלל הסיבה הזאת באנו אנחנו, כמשרד המשפטים, נתנו ידינו להצעה הזאת..."

75. ככל שהקשיים המתוארים הם אשר מהווים את המניע לחקיקת החוק, ניתנים הם לפתרון בהשקעה תקציבית מתאימה של הנהלת בתי המשפט ושל גופי החקירה בתכנון, בתקשורת ובהגדלת כוח אדם שיפוטי ומינהלי, וכן במיקום מתקני החקירה בקרבת בתי המשפט (דבר שקיים ממילא בירושלים ובאשקלון). בדרכים פשוטות - שאמנם עולות כסף - ניתן לשפר את התיאום בין בתי המשפט לבין גופי החקירה בהבאת עצורים ולצמצם את זמני הליווי וההמתנה לדיונים בהארכת מעצר.

76. לאור פסיקתו הברורה של בית המשפט, טענה זו בדבר קשיים מינהליים – אין לה מקום להישמע. בית המשפט קבע בעבר במספר פרשות, כי שיקולים תקציביים אינם יכולים להיות מכריעים מקום שעל כף המאזניים ניצבות פגיעות חמורות בזכויות האדם. כלל זה מצא את ביטויו בדבריו של השופט (כתוארו אז) מצא:

"...על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד - וכזה הוא המקרה שלפנינו - משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן: 'הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528). " (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113 (1995); ראו גם דברי השופטת דורנר בעמוד 144 לפסק הדין).

ברוח דומה אמר השופט זמיר בפרשת צמח:

"ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם." (פרשת צמח, 281)

השופטת דורנר אף היא התייחסה לחובתה של המדינה לשמור על זכויות האדם על אף המחיר שהן גובות:

"לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה." (פרשת גנימאת, עמ' 645)

77. בפרשת מרעב ציין הנשיא ברק, כי גם לו היתה מועלית הטענה, שלפיה קיים קושי תקציבי-מנהלי בקיצור תקופת המעצר שלפני ביצוע ביקורת שיפוטית, היא הייתה נדחית (פרשת מרעב, 365). באותו מקרה ציין הנשיא ברק גם, כי "חברה המבקשת ביטחון, מזה, וחירות, מזה, צריכה לשלם את המחיר" (שם, 384).

78. בפרשת סג'דיה מתח הנשיא שמגר ביקורת על הסדר בתחיקת הביטחון, שדחה את המועד לביקורת שיפוטית ראשונה על מעצר מינהלי. הוא קבע שיש לקרב את מועד הביקורת השיפוטית לזמן מתן צו המעצר המינהלי והדגיש:

"קושי ארגוני אפשרי בקביעת הסדרים, אשר יגדילו את מספרם של השופטים המשפטיים הנקראים לשירות כדי לאפשר שמיעה בהקדם וביעילות של ערעורו של עציר, אינו יכול לשמש הצדקה לאורך התקופה, שבה כלוא עציר בלי שעניינו עבר את הביקורת השיפוטית." (פרשת סג'דיה, עמ' 820)

79. מכאן עולה, כי השיקולים המינהליים והתקציביים אינם יכולים לעמוד למשיבים לשם הצדקת חוקתיותו של החוק. יוצא, כי אין בנמצא תכלית ראויה ולגיטימית, אשר יכולה להצדיק את האמצעים הדראקוניים, שנקבעו בהוראת השעה.

פגיעה העולה על הנדרש

80. למעלה מן הצורך יש להבהיר, כי אין הסעיף מקיים את עקרון המידתיות. פגיעה בחירותו של אדם ללא הליך הוגן וללא ביקורת שיפוטית מהירה ואפקטיבית היא פגיעה בחירותו ובכבודו, במידה העולה על הנדרש.

81. מבחן הקשר הרציונלי: גם ביחס לתכלית המופשטת יותר של הוראת השעה - לאפשר חקירה אפקטיבית של עבירות ביטחון, כדי להגן על ביטחון הציבור, תכלית שהיא לגיטימית כשלעצמה - לא מקיים סעיף 3 את מבחן הקשר הרציונלי. מעורבות שיפוטית בהליכי מעצר אינה מפריעה לחקירה נאותה. במקרה של מעצר אדם ללא חשד סביר, על יסוד ספקולציות מופרכות, למשל, המעורבות השיפוטית עשויה לתרום לשמירה על ביטחון הציבור על ידי מניעת בזבז זמן של רשויות החקירה. הדיון בפני בית המשפט אינו משבש חקירה: כל החומר בבסיס בקשת המעצר והתשובות לגבי תכניות החקירה נשארים חסויים (סעיף 15(ג)(ה) ו-15(ז) לחוק המעצרים). השאלה אינה אם החקירה האינטנסיבית של חשוד בעבירת ביטחון במשך 96 שעות עשויה לקדם את הביטחון, אלא אם הפקעת תפקיד בית המשפט בהליכי מעצר עשויה לקדם את שמירת ביטחון הציבור, והתשובה לשאלה זו היא לאו:

שלילת הביקורת השיפוטית אינה מגשימה את התכלית של הגנה על ביטחון הציבור ועל כן אינה עומדת במבחן של הקשר הרציונאלי לתכלית ראויה.

82. זאת ועוד, כאמור, כאשר אדם נתון לחקירה אינטנסיבית, מלחיצה וממושכת, מנותק מהעולם החיצון ונתון לחסדי כולאיו, קיימת סכנה ממשית כי יודה במעשים שלא ביצע. במובן זה, יש בביקורת השיפוטית כדי לתרום לאפקטיביות החקירה, וכדי לקדם את חקר האמת.

83. בהקשר זה יובהר, כי אין באישורים המינהליים הפנימיים הנדרשים בחוק כדי להפחית מן הפגיעה בזכויות הנחקר. "המעצר, כיוון שיש בו פגיעה קשה בחירות, מחייב ביקורת חיצונית" (פרשת צמח, 277). הביקורת הפנימית שונה בצורה מהותית מביקורת שיפוטית, המתבצעת באמצעות שופט, אשר מתרשם באופן בלתי אמצעי מהעצור. המשטרה ושירות הביטחון הכללי הינם מומחים לעניין החקירה והביטחון, ואילו מומחיותו של בית המשפט הינה בשאלת המידתיות והאיזון הראוי בין זכויות האדם לבין אינטרסים אחרים (ראו: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807, 845-846 (2004) (להלן: פרשת בית סוריק)). מכאן שהאמצעים הקבועים בסעיף אינם מהווים הגנה מינימאלית על זכותו של העציר לחירות ואינם מהווים תחליף ראוי לביקורת השיפוטית החיצונית. כפי שנאמר בפרשת צמח:

"אם כן, נראה כי הביקורת הפנימית על-ידי פרקליט צבאי, אף שהיא חשובה, וגם לה יש משקל בשאלת המידתיות, אינה תחליף מספיק לביקורת חיצונית על-ידי שופט צבאי." (פרשת צמח, 277)

84. למעלה מן הצורך יובהר עוד, כי לאור הפגיעות החמורות, הטמונות בדחיית הביקורת השיפוטית על המעצר, אין סעיף 3 להוראת השעה מקיים את מבחני המשנה האחרים של עקרון המידתיות: אין הוא מהווה האמצעי, שפגיעתו בזכויות אדם פחותה, ואין הוא מקיים את מבחן המידתיות במובן ה"צר". שכן, גם אם בית המשפט יקבע, כי יש בהשעיית הביקורת השיפוטית כדי לתרום באופן לגיטימי לחקירה, עדיין מדובר בתועלת שולית וספקולטיבית שאינה יכולה להצדיק פגיעה כה חמורה וודאית בזכויות העציר.

ד. הוראת סעיפים 15(1), 15(2), ו-5(3) לחוק – דיון שלא בנוכחות העצור ואי מתן

הודעה לעצור על הדיון שהתקיים בהעדרו

85. סעיף 5 לחוק מאפשר לקיים דיון בהארכת מעצרו של אדם, וכן בבקשה לעיון חוזר או בערר, שלא בנוכחותו. בנוסף, מאפשר הסעיף שלא להודיע לאדם על דיון שהתקיים בהעדרו, ובכך להסתיר ממנו גם את הבסיס המשפטי לשלילת חירותו. כאמור בחוק:

5. הוראות סעיפים 16(2) ו-57 לחוק המעצרים, לענין נוכחותו של עצור בדיונים כאמור באותם סעיפים, יחולו לגבי נוכחות עצור בעבירת ביטחון בתקופת המעצר כאמור בסעיף 4(1) בשינויים אלה:
(1) ציווה בית המשפט, בנוכחות עצור בעבירת ביטחון, על מעצרו לתקופה הקצרה מ-20 ימים, רשאי בית המשפט, שלא בנוכחות העצור, להאריך את מעצרו לתקופה שלא תעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, אם הוגשה לו בקשה

לכך, באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם; (2) בית המשפט רשאי להורות על דיון בבקשה לעיון חוזר לפי סעיף 52 לחוק המעצרים או בערר לפי סעיף 53 לחוק האמור, שלא בנוכחות העצור, אם הוגשה לו בקשה לכך באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה; (3) הוראות סעיף 15(ג) עד (ח) לחוק המעצרים יחולו, בשינויים המחויבים, גם על דיון בשאלת נוכחות העצור בהליכים כאמור בסעיף זה; (4) החלטת בית המשפט שהתקבלה בדיון שהתקיים שלא בנוכחות העצור בעבירת ביטחון לפי סעיף זה, תובא לידיעת העצור בהקדם האפשרי, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת, לבקשת נציג המדינה, אם שוכנע כי הדבר עלול למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם."

86. הוראה זו עומדת בניגוד מוחלט לכללים בסיסיים ביותר של דיני המעצר בישראל. על פי חוק המעצרים קיימת חובה תמיד לקיים את הדיון בהארכת מעצר בנוכחותו של העצור, אלא אם נוכח בית המשפט, על פי חוות דעת רפואית, כי החשוד אינו יכול להשתתף בדיון מסיבות בריאותיות (ראו סעיף 16(2) לחוק המעצרים). בדומה, הדיון בעיון חוזר או בערר יתקיים בפני העצור, אלא אם כן הוא אינו יכול להיות נוכח בשל מצבו הבריאותי (ראו סעיף 57 לחוק המעצרים). לקפדנות בה נוקט בית המשפט ביישום סעיפים אלו ראו: ע"פ 1626/91 דקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 76, 81-82 (1991); ב"ש 37/86 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 393, 395-396 (1986); ב"ש פ' 1097/06 ביניב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.2.06), פסקה ד' להחלטה; ב"ש פ' 4586/06 חלידו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.8.06) (להלן: פרשת חלידו).

87. הכלל, המחייב ניהול דיון בנוכחות בעלי הדין, אומץ במשפט הישראלי עוד טרם החקיקה בנושא. הוא שייך לכללי הצדק הטבעי, המחייבים לאפשר לאדם להשמיע את דברו בטרם פוגעים בזכויותיו, ותכליתו גם למנוע כל חשש למשוא פנים ולנטוע אמון ובטחון בלב הציבור במלאכת בתי המשפט. טעמיו "פשוטים ואלמנטריים" והוא נקבע כהלכה יציבה לפני 55 שנה (ע"פ 152/51 טריפוס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו(1) 20, 23 (1952):

"לכל בעל דין הזכות להיות נוכח (ביחד עם יועציו המשפטיים אם ישנם כאלה) בכל מהלך הדיון, ובייחוד חייב השופט לקיים זכות זו בידי הנאשם, אשר נוכחותו במשפט הפלילי היא - לבד ממסיבות יוצאות מגדר הרגיל - הכרחית."

88. זכותו של אדם להיות נוכח בדיון על מעצרו או בעניין שחרורו בערבות "נועדה להגשים את זכות היסוד העומדת לחשוד להליך הוגן", שיאפשר לו להשמיע את דברו ולהתגונן כראוי (פרשת חלידו, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת חיות).

89. עד למועד חקיקת החוק, אפילו תחיקת הביטחון ברצועת עזה ובגדה המערבית לא כללה הוראה, המקבילה לסעיף 5, ורק בדיון בערר הוסמך שופט לאפשר קיום דיון בהעדר העצור.

(ראו סעיפים 35(א) ו-78(טו) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970 (להלן: "הצו בדבר הוראות ביטחון")).

90. רק לאחר חקיקת החוק תוקן הצו בדבר הוראות ביטחון ואומץ בו הסדר פוגעני זה. אולם יש לציין, כי אף לאחר תיקון הצו, אין הוא מאפשר, אפילו היום, את שלילת זכות העצור לקבל הודעה על הדיון שנערך בהעדרו. העתק הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון 95) (יהודה והשומרון) (מס' 1599), התשס"ז – 2007, מיום 15.8.07, מצ"ב ומסומן ע/22.

פגיעה בזכות להליך הוגן

91. ברי, כי הוראת סעיף 5 לחוק פוגעת בנושאות בזכותו היסודית והחוקתית של העצור להליך הוגן. היא אינה מאפשרת לו ליטול חלק כלשהו בדיון העוסק בעניינו, אינה מאפשרת לו להתגונן, להעלות טענות, או להתמודד עם ניסיון רשויות החקירה להאריך את מעצרו. היא אף אינה מאפשרת לו לתקוף את ההחלטה על ידי הגשת ערר, שכן אי אפשר לתקוף החלטה, שכלל לא יודעים עליה. בית משפט נכבד זה עמד לא אחת על מעמדן החוקתי של זכויות החשוד והנאשם בעקבות חוק היסוד:

"הזכות החוקתית לכבוד ולחירות הינה בעלת תוכן ערכי מגוון, ודומה כי זיקתה לזכויות החשוד, העצור והנאשם בפלילים אמיצה." (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006), פסקה 20 לפסק דינה של הושפעת (כתוארה אז) ביניש. וראו גם פסקאות 31-32 וכן פסקאות 43-49 לפסק דינה (להלן: פרשת יששכרוב)).

וכדברי הושפעת דורנר בפרשה אחרת:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק היסוד מחייב בסעיף 11 את רשויות השלטון כולן – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – לכבד את הזכויות הקבועות בו." (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375 (2002)).

וראו גם: ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767 (1999); בג"צ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד נא(2) 757, 782 (1997); בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, נט(2) 481, 609 (2005); פרשת יששכרוב, פסקה 67 לפסק דינה של הושפעת ביניש; בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי (טרם פורסם, 15.9.2005), פסקה 12 לפסק דינה של הושפעת פרוקצ'יה; בש"פ 1000/05 חסיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 385, 392 (2005). כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 432 (1994) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 82 (1995); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מתקרי משפט יג 5, 12-13, 21-25 (1996); ב' אוקון וע'י שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג' 265; מנחם אלון "חוקי

היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 27, 34-35 (1996); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1996) (להלן: גרוס, הזכויות הדיוניות).

92. אף כאן מחמיר העדר האפשרות להיפגש עם עורך דין את הפגיעה האנושה ממילא, הטמונה בחוק. עורך דין, אשר טרם נפגש עם מרשו, אינו יכול להעלות טענות מפיו ואינו יכול לייצגו כראוי. בנסיבות אלה, אין משמעות רבה לחובה, הקבועה בהוראות סעיף 6 לחוק, לקיים את הדיון בנוכחות סניגור, והייצוג הופך לסוג של "עלה תאנה". הליך כה חסר תוחלת אף פוגע בבית המשפט, אשר נדרש להכריע בעניין ללא הכלים המינימאליים לבחינת חוקיות החלטות הרשות החוקרת או הצדקת המשך המעצר.

פגיעה בזכויות לכבוד ולשלמות הגוף

93. מהטעמים, המפורטים לעיל לגבי סעיף 3, הנעוצים בניתוקו של עצור מהעולם החיצון, פוגע סעיף 5 אף הוא - וביתר שאת - בזכויות החוקתיות לכבוד ולשלמות הגוף. הוא ממוטט את מנגנוני הביקורת המינימאליים, היכולים להבטיח את זכויות העצור בחקירה ואת הערובות הבסיסיות למניעת שימוש באמצעי חקירה פסולים, הפוגעים בכבודו ובשלמות גופו.

94. כפי שחובת הבאת העצור בפני שופט ללא דיחוי נועדה להגן על העצור, בין היתר, מפני עינויים, כך גם זכותו להיות נוכח בדיונים בעניינו במהלך חקירתו. ראיית העצור ושמיעתו הינן כלי חיוני בידי בית המשפט, שבלעדיהן אין ביכולתו למלא את תפקידו לפקח על החקירה ולאזן בינה לבין זכויות העצור. ראו לדוגמה החלטת בית המשפט הצבאי בקישון, מיום 6.11.07, שניתנה ע"י השופט אבריאלי, בה התרשם בית המשפט מטענות החשוד וממצבו הפיזי והורה על הפסקה מיידיית של החקירה והעברת החשוד לבדיקה רפואית. בית המשפט ציין בהחלטתו, כי כפות ידיו של החשוד "נראו מוטות כלפי מטה בתנוחה לא טבעית". אין כל ספק, שהחלטה כזאת לא היתה ניתנת ושזכויות העצור היו נרמסות לולא היה העצור מובא בפני בית המשפט. העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן ע/23.

95. בנוסף על טעמים אלו, עצם הדרתו של העצור מהליך המתנהל בעניינו מהווה פגיעה חמורה בכבודו, המבטאת התייחסות אליו כאל אמצעי, ולא אדם בעל זכויות. הסתרת דבר קיום הדיון וההחלטה ממנו - והטעייתו באשר לבסיס המשפטי להמשך מעצרו - הם צעדים משפילים אף יותר, ההופכים אותו לאובייקט נטול כל יכולת לעמוד על זכויותיו. ההכרה בערכו של אדם אינה יכולה לדור יחד עם שלילת חירותו ללא ידיעתו.

96. זאת ועוד, הסתרת החלטת הארכת המעצר מהחשוד עלולה ליצור אצלו לחץ נפשי, המגיע לכדי עינויים. כאשר מחזיקים אדם במעצר, מבלי לספר לו על הבסיס המשפטי לכך, עלול הדבר להעמיק את תחושת הבידוד שלו ואת תחושתו, כי מעצרו אינו נתון למגבלות חוקיות כלשהן. מצב זה עלול לגרום סבל חמור וכאב נפשי. גם על פי המשפט הבינלאומי מעשה המביא לסבל מנטלי עשוי להיחשב לעינוי (ראו סעיף 1 לאמנה נגד עינויים).

הוועדה הבין-אמריקאית ובית המשפט הבין-אמריקאי קבעו, כי כאשר העצור אינו מבין לאשורה את הסיבה שבגינה הוא עצור, הדבר עלול להוביל לפגיעה בשלמות הגוף והנפש שלו (ראו: OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 21 rev., 6 April 2001, Chapter VII, para. 37, ניתן למצוא ב-<http://www.cidh.org/countryrep/Guate01eng/chap.7.htm>). מקל וחומר ניתן להסיק, כי כאשר העצור אינו יודע אם הוא עצור כדין או לא, עלולה להיגרם פגיעה דומה.

97. בפרשת סופיאן (בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מז(2) 842, 854 (1993)) הדגיש השופט אלון את הקשר ההדוק שבין הזכות לכבוד לבין זכותו של האדם לדעת על שינוי בזכויותיו, ובלשונו של השופט אלון:

"זכאי אדם לדעת על שינוי שחל בזכויותיו על פי החלטה או מעשה של הרשות, במיוחד כאשר לשינוי זה יש השפעה על זכותו של האדם לחירות אישית, זכות ש'ממנה פינה וממנה יתד לחביבותם של חירות הביטוי וחופש ההפגנה', ולשאר חירויות היסוד... הזכות לידע על השינוי במצבת זכויותיו של אדם היא זכות טבעית; יסודה באופיו של האדם, מקורה בזכותו לכבוד האדם ובעקרונות צדק כלליים."

בפרשה זו פסק בית המשפט, כי חובה על השלטונות להודיע לעצור על החלטה למנוע ממנו פגישה עם עורך דין. מקל וחומר, שכבוד האדם ועקרונות הצדק הטבעי מחייבים מתן הודעה לאדם על עצם החלטה להאריך את מעצרו.

פגיעה בזכות לחירות

98. ברי, כי סעיף 5 לחוק פוגע ביכולתו של העצור להתגונן מפני המשך מעצרו, ובכך פוגע ביכולתו להגן על זכותו לחירות.

99. הסתרת דבר הארכת המעצר מהחשוד מונעת ממנו כל אפשרות להשיג על החלטה, שנתקבלה בעניינו. גם אם עורך הדין, אשר היה נוכח בדיון, יחליט להגיש ערר, יכולתו להעלות טענות רלוונטיות תהיה מוגבלת ביותר. שלילת זכות הגישה לערכאות לתקיפת החלטת מעצר מהווה אף היא פגיעה בזכות החוקתית לחירות.

100. זאת ועוד. לאחר חלוף תקופת המעצר שנקבעה בנוכחותו, עלול עצור לחשוש, כי הוצא מהגנת החוק. מבחינתו מעצרו החוקי הסתיים ועל אף זאת הוא נותר מאחורי סורג ובריח. מצב זה יוצר חוסר ודאות מובנה באשר לשאלת חוקיות שלילת חירותו של אדם, הפוגע בזכותו להתנגד למעצר לא חוקי. הזכות להתנגד למעצר בלתי חוקי - לרבות על ידי בריחה ממשמורת בלתי חוקית - מהווה ערובה חיונית לשם הבטחת חירותו של האדם נגד רודנות. היא מקבלת ביטוי בסייגים לאחריות פלילית, המאפשרים לאדם להגן על חירותו או חירות זולתו באמצעים סבירים (ראו סעיפים 34 ו-34א לחוק העונשין, התשל"ז-1977). כדברי השופט אגרנט בפרשת פרנקל (ע"פ 136/51 פרנקל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 1605, 1602 (1951)):

"זכות-יסוד זו להיות חופשי ממעצר טומנת בחובה זכות שניה, אשר בלעדיה עשויה הזכות הראשונה להתרוקן מתוכנה, דהיינו: כל אדם זכאי להתנגד למעצר שעומדים לבצע נגדו שלא כחוק."

ראו גם: ע"פ 99/51, 95/51 פּוֹדְמַסְקִי נ' הַיּוֹעֵץ הַמְשַׁפְּטִי לַמְּשַׁלָּה, פ"ד ו(1) 355, 341 (1952).

פגיעה בתקינות המשפט הפלילי

101. מאותם הטעמים, שפורטו לעיל לעניין סעיף 3 לחוק, גם סעיף 5 עלול לפגוע באמינות ממצאי החקירה ולהביא להרשעות שווא.

פגיעה שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל

102. הרעיון, כי אדם יוחזק בצינוק או בחדר חקירות בזמן שמתנהל בלעדיו דיון בשאלה, אם להתיר את כבליו ולשחררו אם לאו, וכי תוסתר ממנו ההחלטה בענין שלילת חירותו, הוא סטייה חסרת תקדים ממסורות עתיקות ומערכי יסוד של המדינה הדמוקרטית. זכותו של כל אדם לנקוט בהליך מסוג הביאס קורפוס, ובאמצעותו להיות מובא בעצמו בפני שופט על מנת להשמיע את טיעונו נגד חוקיות מעצרו, נחשבת לחיונית בהתפתחות ההיסטורית של שלטון החוק כנגד שרירות שלטונית. כדברי המלומד דייסי, בתיאורו הקלאסי של זכות זו במשפט המקובל לפני למעלה ממאה שנה:

"There is no difficulty, and there is often very little gain, in declaring the existence of a right to personal freedom. The true difficulty is to secure its enforcement. The Habeas Corpus Acts have achieved this end, and have therefore done for the liberty of Englishmen more than could have been achieved by any declaration of rights. ... The right to issue a writ of habeas corpus, strengthened as that right is by statute, determines the whole relation of the judicial body towards the executive. The authority to enforce obedience to the writ is nothing less than the power to release from imprisonment any person who in the opinion of the Court is unlawfully deprived of his liberty, and hence in effect to put an end to or prevent any punishment which the Crown or its servants may attempt to inflict in opposition to the rules of law as interpreted by the judges." (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885, 6th ed 1902) pp. 217 - 218).

במקרה של אדם שהוחזק incommunicado ללא קשר עם עורך דין וללא אפשרות לנקוט בהליך שיפוטי נגד מעצרו, פסק בית הדין האירופאי באחד המקרים:

"That is a situation incompatible with Article 5 § 4 of the Convention and its underlying rationale, the protection of individuals against arbitrariness. National authorities cannot do away with effective control of lawfulness of detention by the

domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved.” (*Al-Nashif v. Bulgaria*, Judgment 20 June 2002, par. 94).

103. באמצעות חוק זה באו המשיבים ובהינף יד מחקו מושכלות יסוד שביחסים שבין הפרט לשלטון במדינה דמוקרטית, אשר נועדו להבטיח את חירויות הפרט מפני רודנות שלטונית ולשמור על איזון בין הרשויות; חוק שמוחק ערובות לחירות כנגד שרירות שלטונית, אשר השתרשו לאורך מאות שנים בחתירה למדינת חוק וערכים דמוקרטיים, אינו חוק ההולם את ערכיה של מדינה דמוקרטית.

104. סעיף 5 לחוק שולל את זכות הטיעון של העצור וגם מאפשר למנוע ממנו את המידע המינימאלי ביותר על היסוד לשלילת חירותו. זכות הטיעון והזכות לקבל מידע בנוגע להחלטה בעניינו של אדם הן הגרעין של כללי הצדק הטבעי, הקשורים קשר הדוק לשלטון החוק ולעצמאות השפיטה, המבוססת על שמיעת שני הצדדים. שורשיה של זכות הטיעון עתיקים מאד, כסיכומו של המשנה לנשיא מ' אלון (בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637 (1990)):

”הזכות לטעון, ולהישמע בבית המשפט, מקורה ויסודה במורשת ישראל
מקדמת דנא, וחכמי ישראל ראוה כזכות יסוד הקדומה ביותר בתרבות
אנוש.”

(בענין זכות הטיעון והחובה השיפוטית לשמוע את שני הצדדים ראו את המקורות המוזכרים שם וכן א. שוחטמן, סדרי הדין (ירושלים תשמ"ח) בעמ' 189; משנה תורה של הרמב"ם, סנהדרין, כא, ז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז סעיף ה; ולענין זכויות הטיעון והיידוע במשפט המקובל ראו D. J. Galligan, *Due Process and Fair Process* (Oxford 1996) בעמ' 171 – 176, 353 – 361).

105. ניהול הליך, הפוגע בחירותו של אדם בהיעדרו פוגע בנשמת אפה של עבודת השפיטה ובמראית פני הצדק. ביקורת שיפוטית מהותית, תוך שמיעת האדם שנפגעו זכויותיו, הינה מאפיין מרכזי של שיטת המשפט הדמוקרטית (ראו גם את המקורות המובאים בסעיפים 58 - 62 לעיל בקשר לסעיף 3 לחוק). לאור הפגיעה האנושה של סעיף 5 בהליך חיוני זה, אין הוא הולם את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית.

העדר תכלית ראויה

106. הדברים האמורים לעיל, לענין העדר תכלית ראויה לסעיף 3, יפים הם אף לענין דנא. אף כאן, תכליתה הפסולה של הוראת השעה היא לאפשר בידוד העצור מהעולם החיצון למשך תקופה ממושכת, ולמנוע ממנו ולו את הקשר המועט עם בית המשפט. כמפורט לעיל, בידוד זה, המותיר את העצור נתון לחלוטין לחסדי חוקריו, אינו אמצעי חקירה לגיטימי.

107. תכלית ראויה לחקיקה בנושא מעצר חשודים צריכה לתת משקל לשני אינטרסים משולבים: מתן כלים לרשויות לחקור חקירות ביטחון מחד גיסא, ושמירה על זכויות יסוד של העצור ועל כללי הצדק הטבעי מאידך גיסא. חוק, אשר אינו שומר על הערובות המינימאליות הדרושות לשמירה על הליך מעצר הוגן, אינו משרת תכלית ראויה.

108. המושג "ביטחון המדינה" כולל בתוכו גם שמירה על הערכים הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי. חקיקה, הבאה כביכול להגן על הביטחון המדינה, תוך רמיסת עקרונות היסוד של שיטת המשפט, אינה משרתת באופן ראוי אף את התכלית הביטחונית של הגנה על החברה מהאיומים הנשקפים לה.
ראו בג"צ העינויים, עמ' 845.

109. הניסיון ליצור אצל העצור את התחושה, כי הוא נמצא בעולם קפקאי, בו דיונים "משפטיים" מתקיימים בהעדרו, ובו כללי המשחק – ואף מעמדו המשפטי – מוסתרים ממנו, הוא ניסיון פסול להעמיק את הלחץ הנפשי בו הוא נתון. ברי, כי תכלית זו איננה ראויה.

110. בהקשר זה יצויין, כי הבאת החלטת בית משפט לידיעתו של עצור אינה כרוכה אף בהפסקת החקירה. מכאן, שכל מטרת סעיף 45(4) לחוק היא העמקת ערפול החשוד באשר לסטטוס המשפטי שלו. תכלית זו פסולה אף היא כשלעצמה.

פגיעה העולה על הנדרש

111. בהעדר תכלית ראויה אין צורך לבחון אם האמצעי עולה על הנדרש. אולם, למעלה מן הצורך יובהר, כי אף ביחס לתכליתו המופשטת של החוק, והראויה כשלעצמה – חקירת עבירות ביטחון – אין הוא מקיים את עקרון המידתיות.

112. אין כל קשר רציונאלי בין האמצעי שנקט לבין תכלית מופשטת ולגיטימית זו. אין בקיום דיונים בהעדרו של עצור, ובהסתרת קביעות שנקבעו לגביו, כדי לקדם חקירה ראויה, השומרת על כללי המשחק במדינה דמוקרטית. חקירה, המתקיימת ללא פיקוח שיפוטי נאות, היא חקירה, שממצאיה עלולים שלא להיות מהימנים.

113. בהקשר זה יובהר שוב, כי ניתן להגשים כל תכלית לגיטימית של החוק על ידי קיום דיוני מעצר יעילים, אשר אינם מחייבים הפסקת חקירתו של העצור לזמן רב. כך, למשל ניתן לנהל את החקירה בבית מעצר, שנמצא סמוך לבית המשפט, ובכך "לחסוך" את זמן הנסיעה של העצור עד לבית המשפט וממנו. ניתן להנהיג סידורי תיאום בין הנהלת בתי המשפט לבין הגוף החוקר במקרים מיוחדים, אשר יבטלו את זמן ההמתנה עד לדיון בתוך בית המשפט; ניתן להשקיע באמצעי ליווי יעילים; וניתן במקרה הצורך אפילו להמשיך בחקירה ברכב הליווי. כל אלה דוגמאות לאמצעים, שיאפשרו קיום ביקורת שיפוטית ראויה על המעצר, בנוכחות העצור, מבלי לפגוע בזכויותיו הדיוניות מחד גיסא, ומאידך גיסא מבלי להפסיק את החקירה הרבה מעבר לזמן המוקדש "נטוי" לדיון בבית המשפט.

114. קיום דיון מעצר בהעדר החשוד יש בו משום נטילת סיכון מחושב לקבלת החלטה שגויה בעניינו ולהחזקתו במעצר שרירותי, שכן בית המשפט, אשר אינו שומע את שני הצדדים, אינו יכול לקבל החלטה מושכלת בעניין. כיוון שכך, מביא החוק מיני וביה לשלילת חירותו של אדם מעבר למה שנדרש באופן הכרחי. האמצעי הפוגעני פחות לחקירת חשוד במעצר הוא זה, אשר מאפשר קיום הבקרה הנדרשת כדי להבטיח, כי מעצרו לא יוארך מעבר לנדרש.

115. לאור הפגיעה החמורה של סעיף 5 בזכויות יסוד בסיסיות של האדם וביכולת בית המשפט לנהל הליך הוגן, אין הוא מקיים אף את הדרישה, כי הפגיעה בזכויות האדם תהיה שקולה כנגד התועלת המושגת. התועלת הנובעת מאי מתן הודעה לעצור על הארכת מעצרו היא אפסית ומזערית; הפגיעה בכבודו של עצור כבדה והפגיעה ביכולתו להגן על חירותו מוחלטת. קשה להעלות על הדעת דוגמא מובהקת יותר לחוסר מידתיות במובן הצר. בנוסף, כל תועלת, המושגת מאי הפסקת החקירה כדי לקיים הליך ביקורת שיפוטית מהיר, אינה שקולה כנגד הפגיעה בכבוד העצור ובשלמות גופו, הנגרמת מהחזקתו בתנאים, החושפים אותו לסכנת התעללות או עינויים.

116. למעלה למן הצורך יובהר עוד, כי אין בנוכחות סניגור כדי לרפא את הפגם החמור בהליך מעצר, המתנהל בהעדר החשוד. לא רק שלא ניתנת לעצור הזדמנות להשמיע את דברו טרם קבלת ההחלטה, אלא שבנסיבות העניין גם סניגורו לא יוכל להציג את עמדתו כראוי. הליך מעין זה הוא הליך סרק, בדומה להליך המעצר עצמו, המתקיים בהעדר החשוד.

117. חוסר המידתיות המובהק של סעיף 5 נלמד גם מהעובדה, כמפורט לעיל, שהחקיקה הצבאית לא כללה סעיף מקביל, עד לאחר חקיקת החוק, ומכך שגם לאחר תיקון הצו הצבאי, אין הוא מאפשר אי מתן הודעה לעצור על ההחלטה שהתקבלה בעניינו.

ה. סעיף 4 לחוק – הארכת מעצר עד 20 ימים בצו אחד ועד 35 ימים לפני כתב אישום

118. סעיף 17(א) לחוק המעצרים קובע, כי שופט רשאי לצוות על מעצרו של חשוד בנוכחותו לתקופה שלא תעלה על 15 ימים. הסעיף מוסיף וקובע, כי רשאי שופט להאריך, מעת לעת, את המעצר לתקופות נוספות שלא יעלו על 15 ימים. סעיף 4 להוראת השעה משנה הסדר זה וקובע, כי בעבירות ביטחון רשאי שופט לצוות על מעצרו של חשוד לתקופת מעצר של עד 20 ימים.

119. בנוסף, בעוד סעיף 17(ב) לחוק המעצרים קובע, כי תקופת המעצר עד להגשת כתב אישום לא תעלה על 30 ימים, אלא אם כן הוגשה בקשה להארכת המעצר באישור היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 4(2) להוראת השעה מאריך תקופה זו ל-35 ימים.

120. יזמי הוראת השעה העריכו מראש שלא תופעל הסמכות להאריך מעצר ב-20 יום בצו אחד. וכך הבהיר עו"ד שי ניצן בדיוני ועדת חוקה:

"תראה לי את בית המשפט שמאריך מעצר ב-20 יום, גם של המחבל שחשוד בעבירות החמורות ביותר. אין דבר כזה. שופטים מאריכים ב-5 ימים, ב-7 ימים. אחרי 7 ימים הכלל הוא שהעצור בא אלא אם אנחנו מבקשים וצריך לשכנע את השופט... לו אני הייתי שופט, גם אני לא הייתי נותן 20 יום. כי אני רוצה לראות אם מתפתחת החקירה ואני רוצה לראות אם החשדות הראשוניים, שהיו אחרי יומיים שלושה, אם הם מתאמתים. מה תכנית החקירה. מה פתאום שאני אתן 20 יום. לכן אני אומר לכם שגם היום, שמותר לתת 15 יום, אף שופט לא נותן 15 יום, ודי בצדק..." (עמ' 43-44 לפרוטוקול הדיון מיום 16.3.06).

121. עו"ד ניצן הסביר את הצורך בקביעת תקופה ארוכה של 20 יום בחוק כדרך להעביר מסר לשופטים ולהשפיע על שיקול דעתם: "היום כתוב 15 ושופטים נותנים בד"כ 3, 5 או 10. אנחנו מעריכים שאם יגדילו מ-15 ל-20 המחוקק אומר בזה לבתי המשפט שפה אפשר להאריך את החבל. הרעיון הוא פרופורציונאלי. ... (שם, עמ' 45).

122. מכל הטעמים המפורטים לעיל, גם הוראות אלו פוגעות שלא לצורך בזכויות יסוד חוקתיות של העצור. הן מאריכות מעבר לנדרש, וללא תכלית ראויה, את התקופה, בה ניתן לחקור חשוד במעצר ללא ביקורת שיפוטית. ההגנה על חירותו של אדם, על כבודו ועל שלמות גופו, מחייבת ביקורת שיפוטית תכופה. תכליתה לקיים פיקוח שוטף על החקירה, להבטיח כי שלילת חירות החשוד לא תעלה על הנדרש, וכי החקירה תתנהל לכל אורכה באופן הוגן וראוי.

123. בהקשר זה יובהר, כי על פי חוק המעצרים, ניתן להאריך מעצרו של חשוד עד 75 ימים לפני הגשת כתב אישום, באישור היועמ"ש ובהחלטת שופט בית משפט שלום. אפשר להאריכו גם מעבר לכך באישור שופט בית המשפט העליון (סעיפים 17, 59 ו-62 לחוק המעצרים). היועץ המשפטי לממשלה רשאי להאציל סמכותו זו לפרקליט המדינה ולמשנהו (סעיף 242 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש]), התשמ"ב-1982), ואכן כך הוא עשה (י"פ 5290 מיום 20.4.04 עמ' 2583). יוצא, כי גם ללא החוק הפוגעני, ניתן להאריך את המעצר כאשר הדבר נדרש באופן הכרחי, על פי הדין הקיים.

124. אין צריך לומר, כי חוק לא אמור להוות אמצעי לשיפור עמדת המיקוח של התביעה, אלא לשקף איזון נורמטיבי ראוי וצודק כשלעצמו. לאור האמצעים החלופיים, העומדים לרשות המשביים, ולאור הנזק הכבד, הכרוך בהארכת מעצר כה ארוכה ללא ביקורת שיפוטית, אין סעיף 4 עומד במבחן המידתיות במובן הצר. שוב, נזק זה חמור במיוחד, לאור מניעת המפגש עם עו"ד, אשר ניתן להטיל במקרים אלו.

125. יתרה מזאת, סעיף 4(2) להוראת השעה אינו יוצר סמכות חדשה להאריך מעצר לצרכי חקירה מעבר ל-30 ימים, אלא רק מבטל את הדרישה, לקבל אישור של היועץ המשפטי לממשלה לפני הגשת בקשת להאריך מעצר עד ל-35 ימים. לא יכולה להיות כל תכלית לגיטימית לביטול החובה לקבל אישור מסוג זה, ממי שעומד בראש מערכת התביעה.

1. שאלת המידתיות לאור חובת הדיווח לכנסת והנתונים שנמסרו על ידי

השב"כ

126. כעולה מהנתונים, שנמסרו לוועדת חוקה, חוק ומשפט בנוגע ליישום החוק, הוא הופעל בעשרות מקרים. אולם, בדיונים בכנסת לקראת הארכת החוק נטען, כי העובדה, שבתקופת הדיווח האחרונה נעשה שימוש מועט יחסית בחוק, מעידה לכאורה על מידתיותו.

127. כפי שהבהיר השופט זמיר בעניין צמח, אין בכך שחוק, הפוגע בזכויות יסוד מעבר לנדרש, מופעל במקרים מעטים כדי להפוך אותו למידתי. פגיעה בלתי מידתית בזכויותיו של אדם אחד היא פגיעה בלתי מוצדקת, אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה:

"זאת ועוד: אין בידינו נתונים המלמדים כמה מבין החיילים שנעצרו מוחזקים במעצר במשך כל תקופת המעצר המרבית, כלומר 96 שעות, ואם הם מוחזקים במעצר במשך כל התקופה לצורך או שלא לצורך. העותרים מניחים כי דבר רגיל הוא שחיילים, משעה שנעצרו, מוחזקים במעצר עד תום התקופה המרבית. אך כך או כך, אין בכך כדי לשנות. גם אילו הוצגו בפנינו נתונים המלמדים כי רק חיילים מעטים באופן יחסי מוחזקים במעצר עד תום התקופה המרבית, עדיין לא היה בכך משום תשובה מספקת לטענה כי תקופת המעצר המרבית ארוכה מן הנדרש. תשובה כזאת לא היה בה, בשעתה כדי להצדיק תקופת מעצר מרבית של חודשיים ימים או של שמונה ימים. תשובה כזאת אף לא היה בה כדי למנוע, בשעתה, קיצור תקופת המעצר המרבית בידי שוטר אזרחי מתקופה של 48 שעות לתקופה של 24 שעות. מבחן המידתיות של תקופת המעצר מתייחס גם לתקופת המעצר המרבית, היא התקופה שנקבעה בחוק, ולא רק לתקופת המעצר בפועל של פלוני או אלמוני. אם התקופה המרבית פוגעת בחירות האישית במידה העולה על הנדרש, אין בכך כדי לשנות שהיא פוגעת בחירות של מעטים בלבד. גם החירות של אדם אחד ראוי להגנה כאילו היא עולם ומלואו" (עניין צמח, עמ' 276, ההדגשה אינה במקור).

128. יתרה מזו: העובדה, כי חלק מסעיפי החוק הופעל במקרים מעטים ביותר, רק מחזקת את הטענה, כי ניתן להתמודד בדרך אחרת עם החשש מבעיות לוגיסטיות, אשר עלולות לגרום לעיכובים בחקירה. יש בכך רק כדי לחדד את העדר התכלית הראויה: **ככל שהבעיה היא לוגיסטית, אפשר וצריך למצוא פתרונות אחרים; ככל שהבעיה איננה לוגיסטית, והטענה היא, שגם הליך ביקורת שיפוטית קצר ומהיר יפגע בחקירה, מדובר בתכלית פסולה ובלתי ראוי בעליל.**

129. למען הסר ספק, אין גם במנגנון הדיווח לוועדת חוקה, חוק ומשפט, הקבוע בחוק, כדי להוות תחליף ראוי לביקורת שיפוטית מהירה ואפקטיבית על כל החלטת מעצר ספציפית בעניינו של אדם. אין בפיקוח פרלמנטרי סטטיסטי על השימוש הכללי בחוק זה או אחר כדי להחליף, ולו במעט, את הצורך בפיקוח שיפוטי מלא על הליכי חקירה ומעצר אינדיווידואליים.

2. על העילות לשימוש בסמכויות המיוחדות שבחוק

130. עיון בחוק מעלה, כי המאטריה המרכזית בה הוא עוסק איננה חקירת עבירות לשם העמדת האשמים לדין, אלא קיום חקירות סיכוליות, שתכליתן למנוע ביצוע עבירות עתידיות.

131. במקרים חריגים, כאשר מדובר במעשה עתידי הקשור לעבירה, בה נחשד העצור, יכולה להיות הצדקה לקיומה של חקירה סיכולית במסגרת מעצר ימים בהליך הפלילי. כך, למשל, כאשר אדם חשוד בקשירת קשר לביצוע פשע, שטרם התרחש. אולם, עיון בעילות לשימוש בסמכויות השונות בחוק מעלה, כי תכליתן לאפשר שמירה על רצף החקירה, אף כאשר אין היא קשורה כלל לעבירה, אשר הצדיקה כביכול מלכתחילה את המעצר. הדבר פותח פתח עצום לשימוש לרעה בהליך המעצר לשם איסוף מידע, שאינו בהכרח קשור לעבירה הנחקרת או אפילו לאדם, שחירותו נשללה.

132. כך, למשל, ניתן להשהות הבאת עצור בפני שופט מ-48 ועד 96 שעות, כאשר "הפסקת החקירה לצורך הבאת עצור בעבירת ביטחון לפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם"; וניתן לקיים דיון הארכת מעצר על פי סעיף 15(1) לחוק ולמנוע מתן הודעה לחשוד על החלטת בית המשפט על פי סעיף 45(4) לחוק, כדי "למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם". על פי סעיפים אלו, "עבירת הביטחון" או ה"פגיעה בחיי אדם", אינן צריכות לכאורה להיות קשורות לעבירה, בגינה נעצר האדם.

בכך עלול החוק לפתוח פתח לפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות של האדם במעצר כדי להשיג ממנו מידע על אחרים, או על מעשים, שאינם קשורים לעבירה, בה הוא נחשד. יש בכך משום שימוש חמור באדם כאמצעי, שאינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של דיני המעצר.

השוו עם דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: "פרשת בני הערובה הלבנונים").

133. טענה זו מתחזקת לאור העובדה, כי החוק חל גם על עבירות – כגון עבירת ההסתננות על פי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 – אשר באופן מובהק אינן מעלות כשלעצמן סכנה עתידית לחיי אדם (אלא אם מצטרף אליהן חשד לעבירה נוספת). משמעות הדבר, שניתן להפעיל את החוק גם כלפי אנשים, אשר בעצמם אינם חשודים במעשים, המסכנים את הביטחון.

134. זאת ועוד. סעיף 5 לחוק מאפשר קיום דיון בהעדר העצור והסתרת החלטת השופט ממנו, בין השאר כאשר הדבר נדרש לשם "סיכול של עבירת ביטחון". המונח "עבירת ביטחון" בסעיף 1 לחוק כולל כאמור גם עבירת הסתננות, וכן עבירות נוספות, אשר אינן מקימות חשש מוצק לפגיעה מיידית בחיי אדם (כגון מי ש"נואם תעמולה באסיפה פומבית או ברדיו מטעם ארגון טרוריסטי", על פי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור, התשי"ח-1948). גם מסיבה זו פוגע החוק בזכויות העצור מעבר לנדרש.

ה. המשפט הבינלאומי

135. בנוסף על כל האמור לעיל, החוק אף נוגד את המשפט הבינלאומי, המינהגי וההסכמי, אליו מחוייבת מדינת ישראל.

136. זכותו של אדם להיות חופשי ממעצר שרירותי מעוגנת בכל האמנות וההצהרות הבינלאומיות המרכזיות בדבר זכויות האדם, ומוכרת כעקרון יסוד של המשפט הבינלאומי המנהגי. ראו סעיף 9 להצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם משנת 1948; סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 5 לאמנה האירופאית בדבר ההגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד משנת 1950; סעיף 25 להצהרה האמריקאית בדבר זכויות וחובותיו של האדם משנת 1948; סעיף 7 לאמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם משנת 1978.

137. זכותו של אדם להיות חופשי מעינויים ומיחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל אף היא עקרון מוחלט של המשפט הבינלאומי המינהגי (ראו האמנה נגד עינויים; סעיפים 7 ו-10 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 3 לאמנה האירופאית לזכויות אדם; וראו גם בג"צ העינויים, עמ' 837 - 838).

138. החוק פוגע בעקרונות אלו, שכן, כמפורט לעיל, הוא מאפשר שלילת חירותו של אדם מעבר לנדרש על ידי רשות מינהלית, והוא מאפשר ניתוק העצור מהעולם החיצון למשך תקופה ממושכת, דבר היוצר סכנה להתעללות.

השהיית הבאת עצור בפני שופט

139. הזכות לביקורת שיפוטית מיידית על חוקיות מעצרו של אדם הוכרה במשפט הבינלאומי כאמצעי חיוני להגנה מפני מעצר שרירותי. סעיף 9(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע, כי:

"... אדם שנעצר או נאסר בשל האשמה בעבירה פלילית יובא מיד בפני שופט, או בפני נושא משרה אחר שהוסמך כחוק להפעיל סמכות שיפוטית, ויש לשופטו תוך פרק זמן סביר או לשחררו..."

סעיף זה מהווה עקרון כללי של המשפט הבינלאומי המינהגי.
ראו:

Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law* (Oxford, 1999), 340;

J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules, p. 344, 349-350.

140. כפי שבית משפט נכבד זה הדגיש בעניין מרעב:

"העיקרון הכללי העובר כחוט השני במשפט הבינלאומי הוא כי יש להביא את ההחלטה בדבר המעצר ללא דיחוי (promptly) לשופט או לגורם שיפוטי אחר בעל סמכויות שיפוטיות" (עמ' 369).

141. בהחלטותיה בפניות אינדיבידואליות נגד מדינות, שהצטרפו לפרוטוקול האופציונאלי לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, דנה ועדת זכויות האדם במשמעות הדרישה לקיום ביקורת שיפוטית ללא דיחוי, על פי סעיף 9(3). באחת הפרשיות, הסביר חבר הוועדה, כי הביטוי "promptly" משמעותו, להביא את העצור בפני שופט מוקדם ככל האפשר ובכל מקרה ללא עיכוב החורג מיומיים עד שלושה ימים (ראו: Kelley v. Jamaica (253/1987), (1991) 60 at 253/1987 CCPR/C/4/D, ניתן למצוא ב- <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session41/253-1987.html>).

142. בפרשה אחרת קבעה הוועדה, כי עיכוב של **ארבעה ימים** בין זמן המעצר לזמן הבאת העצור בפני שופט מהווה הפרה של סעיף 9(3) לאמנה (ראו: Freemantle v. Jamaica (625/1995), (2000) par. 7.4 CCPR/C/68/D/625/1995, ניתן למצוא ב- <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/625-1995.html>).

143. בית הדין האירופאי לזכויות אדם פסק אף הוא, כי מידת הגמישות הנתונה למדינות בקביעת פרשנותן לדרישת ה"מיידיות" ("promptness") הינה מוגבלת, גם אם יש להתחשב בנסיבותיו של כל מקרה (ראו: Brogan v. United Kingdom (1988) 11 E.H.R.R. 117). בפרשת Brogan נקבע, כי אנגליה הפרה את פסקה 59 לפסק הדין (להלן: פרשת Brogan). חובתה על פי האמנה בכך שהחזיקה אדם החשוד במעשי טרור במעצר ללא ביקורת שיפוטית **למשך ארבעה ימים ושש שעות**. בתוך כך קבע בית המשפט:

"The assessment of 'promptness' has to be made in the light of the object and purpose of Article 5.... The Court has regard to the importance of this Article in the Convention system: it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty.... Judicial control of interferences by the executive with the individual's right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3, which is intended to minimize the risk of arbitrariness. Judicial control is implied by the rule of law, 'one of the fundamental principles of a democratic society...'"

144. בעניין אחר קבע בית הדין האירופאי שיש לפרש בדווקנות את דרישת "המיידיות", והדגיש את חשיבות דרישה זו למניעת יחס בלתי הולם כלפי עצורים הנתונים לחקירה:

"The judicial control on the first appearance of an arrested individual must above all be prompt, to allow detection of any ill-treatment and to keep to a minimum any unjustified interference with individual liberty. The strict time constraint imposed by this requirement leaves little flexibility in interpretation, otherwise there would be a serious weakening of a procedural guarantee to

the detriment of the individual and the risk of impairing the very essence of the right protected by this provision” (McKay v. United Kingdom 3 October 2006, par. 33).

145. רק בסיטואציות חריגות ביותר, כאשר מדינה גרעה מפורשות ממחויבויותיה על פי האמנה (בהתאם לסעיף הדרוגציות באמנה), הכיר בית הדין בסמכות המדינה לקבוע תקופת מעצר ארוכה יותר לפני קיום ביקורת שיפוטית. **אולם, גם הכרה זו הותנתה בקיומן של ערובות בסיסיות אחרות להגנה על זכויות העצור, לרבות זכות להיפגש בהקדם עם עורך דין.** כך בעניין Brannigan and McBride v. United Kingdom (1993) 17 EHRR 539 אישר בית הדין הוראה בריטית, אשר התירה השהיית הבאת עצור בפני שופט למשך 7 ימים, אולם זאת רק לאחר ששוכנע כי התקיימו ערובות בסיסיות - “basic safeguards against abuse” - **לרבות זכות להיפגש עם עורך דין בתוך 48 שעות.**

השוו עם פסק הדין בעניין Askoy v. Turkey (1996) 23 EHRR 553, בו פסל בית הדין חוקיות מעצר ארוך בטרם הבאה בפני שופט בעת חירום, בין השאר בשל היעדר ערובות להבטחת זכויות היסוד של העצור:

“... Insufficient safeguards were available to the applicant, who was detained over a long period of time. In particular, the denial of access to a lawyer, doctor, relative or friend and the absence of any realistic possibility of being brought before a court to test the legality of the detention meant that he was left completely at the mercy of those holding him” (par. 83).

146. **האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים מחייבת כל מדינה לנקוט באמצעים שיפוטיים יעילים למניעת עינויים (סעיף 2(א)),** וכן להבטיח, כי הכללים המסדירים מעצר וחקירה יהיה בהם כדי למנוע עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל (סעיפים 11 ו-16(1) לאמנה). **הביקורת השיפוטית בסמוך למועד המעצר היא האמצעי השיפוטי המרכזי למניעת עינויים.** על פי מימצאיה של הוועדה האירופאית למניעת עינויים, **הסכנה הגדולה ביותר לעינויים והתעללות היא בפרק הזמן הסמוך לאחר תחילת המעצר.** הוועדה מדגישה את החובה להביא את העצור באופן פיסי בפני בית המשפט להארכת מעצרו על מנת שהשופט יוכל לבדוק את מצבו של העצור, לשמוע את תלונותיו ולטפל בהם. (European Committee for the Prevention of Torture, **The CPT Standards**)
CPT/Inf/E(2002) – Rev. 2006
בעמ' 9, 12, 14 (<http://www.cpt.coe.int/EN/documents/eng-standards-scr.pdf>)

קיום דיון בהעדר עצור והסתרת החלטת בית המשפט ממנו

147. **מניעת נוכחותו של אדם בהליך מעצר המתקיים בעניינו, וודאי כאשר הוא אינו זכאי להיפגש עם עורך דין, היא פגיעה בזכותו היסודית לנקוט בהליכי “הביאס קורפוס”.** אין לאדם העצור

כל דרך להתנגד למעצרו כאשר הוא מוחזק בחדר חקירות בבידוד, ללא גישה לשופט וללא קשר עם עורך דין. על כן נשללת ממנו הזכות היסודית להביאס קורפוס. זכות זו, המהווה ערובה מרכזית מפני מעצר שרירותי, ואמצעי חיוני להבטחת שלום העצור ומניעת עינויים נגדו, מבטאת עקרון של המשפט הבינלאומי המינהגי, אשר אינה ניתנת לגריעה אף במצבי חירום. ראו:

J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules, p. 350-351 .

148. על פי פסיקתו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, נוכחות עצור בדיון המתקיים בעניינו מהווה תנאי חיוני להגינות ההליך ולשמירה נאותה על זכותו לחירות. פסיקה זו נסמכת על סעיף 5(4) לאמנה האירופאית לזכויות האדם, הקובע כדלקמן:

“Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful”.

149. מכוח הוראה זו פסל בית הדין הליכים להארכת מעצרו של חשוד או לשחרורו בערבות, וכן הליכי ערב נגד החלטות מעצר, שהיו קיימים במדינות מזרח אירופאיות שונות. בית הדין פסק, כי הליכי הארכת המעצר והערר חייבים להתנהל תוך שמירה על הערובות היסודיות להליך שיפוטי הוגן, לרבות שוויון בין הצדדים המתדיינים (“equality of arms”), קיומו של הליך אדברסרי בהשתתפות שני הצדדים (ואיסור קיומו של דיון במעמד התביעה בלבד), וכן עריכת דיון הכולל שימוע (“a hearing”). בית הדין האירופאי פסק, כי ניהול הליכי הארכת מעצר וערר שלא בנוכחות העצור או בהבאת דבריו בדיון על ידי בא-כוחו - ובהקשרים עובדתיים שונים, ניהול הדיון בהעדר העצור אפילו אם מיוצג הוא על ידי עורך-דין - מפר את זכותו על פי סעיף 5(4) לאמנה להליך שיפוטי הוגן בעניין שלילת חירותו.

150. באחד המקרים האחרונים, שנדון בפני בית הדין האירופאי, ביקשה עצורה להעלות בהליך המעצר טענות לגבי תנאי הכליאה המחפירים, בהם הוחזקה. הליכי הערר התנהלו בנוכחות עורך-דינה, אולם בקשותיה להיות נוכחת בדיונים נדחו. בית הדין קבע, כי מאחר שעורך הדין לא ידע את נסיבות המקרה המיוחדות ממקור ראשון, קיום הדיון בהעדר העצורה פגע בזכותה לביקורת שיפוטית אפקטיבית על מעצרה:

“The Court recalls that by virtue of Article 5 § 4, an arrested or detained person is entitled to bring proceedings for the review by a court of the procedural and substantive conditions which are essential for the “lawfulness”, in the sense of Article 5 § 1, of his or her deprivation of liberty ... The possibility for a detainee to be heard either in person or through some form of

representation features among the fundamental guarantees of procedure applied in matters of deprivation of liberty ...

The Court notes at the outset the applicant sought leave to appear before the appeal court in order to plead her release on the grounds intimately linked to her personal situation. She planned, firstly, to describe the appalling conditions of her detention, *of which her counsel did not have first-hand knowledge*. Only the applicant herself could describe the conditions and answer the judges' questions, if any. ... The Court finally notes that it was for the first time that the appeal court examined the facts arguing for and against her placement in custody. Given the importance of the first appeal hearing, the appeal court's reliance on the applicant's character, and her intention to plead release on account of the particular conditions of her detention, *her attendance was required to give satisfactory information and instructions to her counsel*.

In view of the above, the Court considers that the refusal of the request for leave to appear at the appeal hearing of 10 August 2004 deprived the applicant of an effective control of the lawfulness of her detention required by Article 5 § 4 of the Convention."

Mamedova v. Russia, 1 June 2006, par.89-92), ההדגשה אינה במקור, אסמכתאות הושמטו; וראו גם:

Sanchez-Reisse v Switzerland (1986) 9 EHRR 71, par. 51-52; Kampanis v. Greece (1995) ECHR 22, par. 58-59; Assenov and Others v. Bulgaria (1999) 28 EHRR 652, par. 162-165; Niedbala v. Poland (2000) ECHR 359, par. 66-68; Grauzinis v. Lithuania, (2000) 35 EHRR 144(7), par. 34; Ilijkov v. Bulgaria, 26 July 2001, par. 103-105; Case of E.M.K. v. Bulgaria, 18 January 2005, par. 129-133; Case of M.B. v. Poland, 27 April 2005, par. 65-67.)

בנסיבות, שבהן עורך הדין אינו יכול להיפגש עם העצור בשל מניעת מפגש, אין ספק, כי גישת בית-המשפט האירופי פוסלת דיון המתקיים שלא בנוכחותו והשתתפותו של העצור.

151. סעיף 9(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כולל הוראה דומה לזו המצויה באמנה האירופאית:

"Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order to that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful."

152. בהערה כללית מדגישה הוועדה לזכויות אדם, כי אפילו בזמני חירום לאומי אין לגרוע מהזכות לנקוט בהליכים על מנת לאפשר לבית משפט להכריע ללא דיחוי בדבר חוקיות המעצר. וועדת זכויות האדם רואה בביקורת השיפוטית ללא דיחוי כתנאי להגנה על זכויות אחרות, כגון הזכות נגד עינויים, שאין לגרוע מהן בכל נסיבות שהן:

“The Committee is of the opinion that the principles of legality and the rule of law require that fundamental requirements of fair trial must be respected during a state of emergency ... In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide *without delay* on the lawfulness of detention, *must not be diminished* by a State party’s decision to derogate from the Covenant.”
(Human Rights Committee, General Comment 29: Article 4: Derogations during a state of emergency (2001), par. 16 HRI/GEN/1/Rev.7)

153. בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם קבע אף הוא, כי אין להשהות את הזכות להביא קורפוס אפילו בעת מלחמה ובמצבי חירום, המסכנים את הציבור או מאיימים על ביטחון המדינה, וזאת למרות שסעיף 7 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם (המקביל לסעיף 9(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות) אינו נמנה עם סעיפי האמנה שאסור לגרוע מהם. ואלה דבריו של בית הדין, בראשותו של הנשיא Thomas Buergenthal :

“35. In order for habeas corpus to achieve its purpose, which is to obtain a judicial determination of the lawfulness of a detention, *it is necessary that the detained person be brought before a competent judge or tribunal with jurisdiction over him.* Here habeas corpus performs a vital role in ensuring that a person's life and physical integrity are respected, in preventing his disappearance or the keeping of his whereabouts secret and in protecting him against torture or other cruel, inhumane, or degrading punishment or treatment.
36. This conclusion is buttressed by the realities that have been the experience of some of the peoples of this hemisphere in recent decades, particularly disappearances, torture and murder committed or tolerated by some governments. *This experience has demonstrated over and over again that the right to life and to humane treatment are threatened whenever the right to habeas corpus is partially or wholly suspended.*”

Habeas Corpus in Emergency Situations, Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987 (ההדגשה אינה במקור).

154. כשדיוני מעצר מתנהלים שלא בנוכחותו של החשוד, נשללת הזכות להגן על חירות בפני מעצר שרירותי וחקירה פסולה, המעוגנת כאמור בסעיף 9(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ונפתח השער בפני ההפרות החמורות ביותר של זכויות אדם. בד בבד נרמסת הזכות הכללית להליך משפטי הוגן. זכות האדם להליך הוגן קבועה בסעיף 14(1) לאמנה, והערובות המינימאליות החיוניות למשפט פלילי הוגן מנויות בסעיף 14(3), בהן זכותו של אדם להיות “נדון בנוכחותו”.

155. יש לפרש את הוראות החוק הישראלי, ובכלל זה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתאם להתחייבויותיה של מדינת ישראל באמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם. מכאן, שיש לראות בפסיקה של הטריבונאלים הבינלאומיים המוזכרת לעיל משום הדרכה מוסמכת למשמעות התחייבותה של המדינה מכוח סעיף 9 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, ולא רק מקור להשראה פרשנית. בחינת חוקתיות החוק תיבחן באספקלריה בינלאומית זו. (להשפעת המשפט הבינלאומי על המשפט הפנימי ראו: E. Benvenisti, "The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future" 28 *ISR.L.R.* 137, 138-140, 147 (1994); אהרן ברק, פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 575-578 (1993); Daphne Barak-Erez, "The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue" *ICON – INT'L J. OF CONST. LAW*, Vol. 2, 611 (2004); ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח (3) 641, 659 (1994); ע"פ 3112/94 אבר-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430 (1999); ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג (1) 625, 641-642 (1999); פרשת בני הערובה הלבנונים, עמ' 742-743; ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738, 749-750 (2004); בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403, 412-414 (2002); לשימוש במשפט הבינלאומי בפרשנות חוקי היסוד ראו: בג"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פסקאות 16-20 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (טרם פורסם, 12.2.2007).

ט. היחס לחשודים בעבירות ביטחוניות במהלך חקירתם הלכה למעשה

156. הצורך בביקורת שיפוטית תכופה ושוטפת על מעצרים וחקירתם של חשודים בעבירות ביטחון עולה בבירור משני דו"חות של ארגוני זכויות אדם, לרבות העותר 1: דו"ח בצלם והמוקד להגנת הפרט, "בתכלית האיסור: עינוי עצירים פלסטינים והתעללות בהם על ידי כוחות הביטחון של ישראל", ודו"ח העותר 1, "פצצות מתקתקות: עדויות של קורבנות עינויים במדינת ישראל". שני הדו"חות, אשר מתייחסים בעיקר לתקופה שקדמה לחקיקת החוק, פורסמו במאי 2007.

ניתן למצוא את שני הדו"חות, לרבות תגובת משרד המשפטים לדו"ח בצלם והמוקד להגנת הפרט, באתרים:

http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_heb.pdf

<http://www.stoptorture.org.il/heb/images/uploaded/publications/139.doc>

אמנם, כמובהר בדו"חות עצמם, אין הם מבוססים על מדגם סטטיסטי מייצג; אולם, הם מתארים מקרים רבים מאד, בהם עצורים העידו על שימוש באמצעי חקירה פסולים וקשים נגדם, הכרוכים באלימות פיזית, איומים ולחץ נפשי, והמגיעים לכדי עינויים על פי הגדרתם במשפט הבינלאומי. ראו גם את התייחסות בית משפט צבאי למקרה של עינויים בנספח ע/23.

157. כעולה מהדו"חות, נחקרים רבים דיווחו על החזקה בבידוד במהלך החקירה, בתנאי כליאה ירודים, היוצרים "חסך חושי" ותחושה של חוסר התמצאות בזמן; על קשירה ממושכת לכיסא בתנחות לא נוחות במשך כל זמן השהייה בחדר החקירות; ועל איומים בשימוש בעינויים פיזיים קשים או במעצר בני משפחה אם לא ישתפו פעולה. לצד השימוש באמצעים "שגרתיים" אלו עולה מהדו"חות כי בחלק מהמקרים נעשה שימוש באמצעים מיוחדים, הכוללים מניעת שינה, מכות, הידוק יתר של אזיקים, משיכת גוף והטיית ראש פתאומיות, כריעת צפרדע וכפופי גב.

158. עדות נוספת לכך, שהחשש מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים בקשת רחבה של מקרים אינו חשש בעלמא, ניתן למצוא בדו"ח אחרון של הדווח המיוחד הפרופ' Martin Scheinin :

"21. The Special Rapporteur was also concerned by the admission by the Israeli Security Agency officials that, in principle, there was no distinction, in the use of the "ticking bomb" scenario, between a terrorist suspect and a person otherwise holding information about a terrorist incident. He was further troubled by the process by which individual interrogators would, in line with internal guidelines, seek approval from the Director of the Israeli Security Agency for the existence of a "ticking bomb" scenario and the application of special interrogation techniques. This appears to render the use of special interrogation techniques a matter of policy rather than a case-by-case ex post facto defence in respect of wrongful conduct...."

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, A/HRC/6/17/Add.4, 16 November 2007.

ניתן למצוא ב- :

<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/2ee9468747556b2d85256cf60060d2a6/7ad9a5183461be7e852573aa0058b5ba!OpenDocument>

159. אין ספק, שיש בממצאי הדו"חות הנ"ל של הארגונים ושל הפרופ' שינן כדי להמחיש את הצורך בביקורת שיפוטית תכופה ושוטפת על הליכי המעצר והחקירה. ממצאי הדו"חות רק מחזקים את טענות העותרים בדבר תכליתו הפסולה של החוק, להעמיק את בידוד העצור ולהשפיע על מצבו הנפשי; אכן, החוק משתלב היטב עם שיטת חקירה, המבוססת על ניתוק העצור מהעולם החיצון. הנה כי כן, החשש מפני עינויים ויחס בלתי הולם לעצורים אינו חשש בעלמא. העקרונות החוקתיים המפורטים לעיל מחייבים פיקוח שיפוטי הדוק והוגן על הליכי מעצר וחקירה גם כאשר רשויות האכיפה פועלות באופן ראוי, על אחת כמה וכמה לאור עדויות הנחקרים וממצאי הדו"חות לעיל.

י. החוק כמכלול

160. השלכתן של כלל הוראות החוק, ביחד עם מניעת מפגש עם עורך דין, על האדם החשוד בעבירה ביטחונית הינה עצומה. אדם בסיטואציה כזו חסר אוניס ונטול כל אמצעי הגנה על חירותו, וחשוף לעינויים ויחס בלתי אנושי. הערובה היחידה של אדם במצב כזה, היא ביקורת שיפוטית מיידית, תכופה ומהותית. ואולם, החוק מסכל ערובה חיונית זו.

161. היטיב לעמוד על חומרת הוראות החוק והשלכותיהן על אדם הנתון למעצר, הדווח המיוחד Professor Martin Scheinin (בדו"ח הנ"ל מתאריך 16.11.2007):

“This creates a situation whereby a detainee may be held without contact with the outside world for periods that could amount to weeks at a time. The Special Rapporteur is gravely concerned about this position, since it is in just this type of circumstance that the risk arises of a detained person being made subject to torture, or cruel, inhuman or degrading treatment”.

162. לביקורת השיפוטית חשיבות אקוטית, שכן היא נועדה לרסן את כח השררה הרב שבידי גורמי הביטחון ולהגן על זכויות האדם מפני שררת השלטון. החוק מוסיף מנות גדושות של כח שררה, זאת, שעה שחוק המעצרים כבר מקנה בידי גורמי הביטחון סמכויות רחבות, הנותנות מענה לצרכי החקירה החיוניים לחקירתן של עבירות ביטחון, ובו בזמן הוא מצר את הביקורת השיפוטית. כזכור, “מעורבות שיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק” (פרשת מרעב, פסקה 26).

163. הלכה היא כי “הביקורת השיפוטית היא קו הגנה על החירות, ויש לשמור עליה מכל משמר” (ראו פרשת אל-עמלה בעמ' 350). הגבלת הביקורת השיפוטית על פעולותיהם של גורמי הביטחון בהפעילם סמכויות הפוגעות בחרות הפרט איננה מטרה ראויה בחברה דמוקרטית המכבדת את זכויות הפרט. תכלית ראויה היא תכלית אשר “נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכוללי” (בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח' (מיום 14.5.2066, טרם פורסם) (להלן: פרשת עדאלה), פסקאות 62-63 לפסק דינו של השופט ברק). לא זה המקרה בענייננו.

164. המבחן לקיומה של חברה המושתתת על ערכי כבוד האדם וחירותו הוא מידת השמירה על זכויות האדם בתקופות סכנה ולחימה. המציאות המתמשכת של פיגועים ולחימה אינה יכולה להצדיק נסיגה משמירה מלאה על זכויות האדם בהליך הפלילי. אם מצבים קשים מבטלים זכויות המעוגנות בחוק יסוד, לזכויות אלו אין קיום ממשי.

165. הגנת הציבור בפני איומי טרור אינה יכולה להצדיק כרסום בערובות החיוניות להליך הוגן. כדברי שופט בית הלורדים Lord Brown בהקשר דומה:

"I cannot accept that a suspect's entitlement to an essentially fair hearing is merely a qualified right capable of being outweighed by the public interest in protecting the state against terrorism (vital though, of course, I recognise that public interest to be). On the contrary, it seems to me not merely an absolute right but one of altogether too great importance to be sacrificed on the altar of terrorism control."
(Secretary of State for the Home Department v. MB (FC) Appellant. [2007] UKHL 46, par. 91).

166. השמירה על זכויות אדם גם במצבי חירום מחזק את הכוחות השומרים על ביטחון הציבור.
זהו ה"אני מאמין" של בית המשפט במדינת ישראל:

"חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה, והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה... למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים. אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה...
זאת ועוד: אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה. אכן, אם נכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה. מבחינה זו טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת..." (פרשת עדאלה, פסקאות 20-21 לפסק דינו של הנשיא ברק, ההדגשה במקור).

"זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה." (בג"צ העינויים, 845).

"מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו. מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו." (בג"צ 794/98 עובייד נ' שר הבטחון, פ"ד נה(5) 769, 775 (2001)).

167. המעורבות השיפוטית בהליכי המעצר מהווה "תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט" (בג"צ מרעב, עמ' 73), ועל כן היא יסוד מיסודותיה של חברה דמוקרטית, השואפת להגן גם על ביטחון הציבור וחירויות הפרט. החוק בא למוטט יסודות אלה על מזבח המאבק בטרור ובאמתלה של ההתנתקות מרצועת עזה. פסילת החוק לא תחליש את ההגנה על ביטחון הציבור ולא תפריע למאמצייהם של גופי החקירה, אלא תבטיח, כי רשויות החקירה יפעלו תוך כיבוד ערכי היסוד של החברה ותחת עינה הפקוחה של מערכת המשפט.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו-על-תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט ולקבוע, כי חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, בטל.

יום

פאטמה אלעג'ו, עו"ד
ב"כ העותרת 3

לילה מרגלית, עו"ד
ב"כ העותרת 2

אליהו אברס, עו"ד
ב"כ העותר 1

רשימת נספחים

תצהיר מטעם העותר 1

1. **תזכיר חוק** סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - הוראות מיוחדות לחקירת עבירות ביטחון של מי שאינו תושב) (הוראת שעה), התשס"ה – 2005 (מסומן ע/1).
2. **הצעת חוק** סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - הוראות מיוחדות לחקירת עבירות ביטחון של מי שאינו תושב) (הוראת שעה), התשס"ה – 2005 (מסומן ע/2).
3. מכתבה מיום 6.10.05 של ב"כ העותרת מס' 2 לשרת המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה (מסומן ע/3).
4. מכתבה מיום 14.10.05 של ב"כ העותרת מס' 3 לראש הממשלה, לשרת המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה (מסומן ע/4).
5. מכתבו מיום 6.11.05 של ב"כ העותר מס' 1 אל יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט (מסומן ע/5).
6. מכתב מיום 8.3.06 של **עשרים-וחמישה משפטנים בכירים** (מסומן ע/6).
7. מכתבה מיום 13.3.06 של **עו"ד ענבל רובינשטיין, הסניגורית הציבורית הראשית** (מסומן ע/7).
8. מכתב ארגון ה-**International Commission of Jurists (ICJ)** מיום 2.11.05 (מסומן ע/8).
9. מכתב של ה-**Fédération Internationale des Droits de L'homme (FIDH)** מיום 4.11.05 (מסומן ע/9).
10. מכתב ארגון **Human Rights Watch** מיום 15.3.06 (מסומן ע/10).
11. פנייתו של **Professor Martin Scheinin** הדווח המיוחד של האו"ם מיום 3.3.06 (מסומן ע/11).
12. פנייה שנייה של **Fédération Internationale des Droits de L'homme (FIDH)** מיום 16.6.06 (מסומן ע/12).
13. פנייה שנייה של ה-**International Commission of Jurists (ICJ)** מיום 16.6.06 (מסומן ע/13).
14. פניית ארגון **Amnesty International** מיום 16.6.06 (מסומן ע/14).
15. **הנוסח המלא של החוק** המתוקן כפי שהתקבל ביום 18.12.07 (מסומן ע/15).
16. דיווח שנמסר לוועדת חוקה, חוק ומשפט לגבי אופן יישום החוק בחציון השני של שנת 2006 (מסומן ע/16).

17. דיווח שנמסר לוועדת חוקה, חוק ומשפט לגבי אופן יישום החוק בחציון הראשון של שנת 2007 (מסומן ע/17).
18. דיווח שנמסר לוועדת חוקה, חוק ומשפט לגבי אופן יישום החוק בחציון השני של שנת 2007 עד לתאריך 15.11.07 (מסומן ע/18).
19. עמוד מפרוטוקול דיון ביום 5.6.07 בפני וועדת חוקה חוק ומשפט (מסומן ע/19).
20. פרוטוקול והחלטה של בית משפט השלום בעכו מיום 21.7.06 בעניין קיום דיון בהארכת מעצר בהעדרו של החשוד, פרופ' גאזי פלאח (מסומן ע/20א), ופרוטוקול והחלטה מיום 23.7.06 בענין הארכת מעצרו (מסומן ע/20ב).
21. פרוטוקול והחלטות של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 24.7.06 בעניין קיום דיוני הערר נגד הארכת מעצרו של החשוד, פרופ' פלאח, בהעדרו, ובערר נגד הארכת המעצר (מסומן ע/21).
22. הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון 95) (יהודה והשומרון) (מס' 1599), התשס"ז – 2007 (נסומן ע/22).
23. החלטת השופט אריה אבריאל בבית המשפט הצבאי בקישון מיום 6.11.07 (מסומן ע/23).